

L'AUTONOMIE DU RÉGIME DE PROTECTION DES DESSINS ET MODÈLES

Essai d'une théorie générale des droits
de propriété intellectuelle

THÈSE

PRÉSENTÉE À LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE GENÈVE
POUR OBTENIR LE GRADE DE DOCTEUR EN DROIT

PAR

FRANÇOIS PERRET

DE

RENAN (BERNE)

THÈSE N° 612

GENÈVE
LIBRAIRIE DE L'UNIVERSITÉ
GEORG & C^{ie} S.A.

1974

**L'AUTONOMIE DU RÉGIME
DE PROTECTION
DES DESSINS ET MODÈLES**

**Essai d'une théorie générale des droits
de propriété intellectuelle**



Digitized by the Internet Archive
in 2026

L'AUTONOMIE DU RÉGIME DE PROTECTION DES DESSINS ET MODÈLES

**Essai d'une théorie générale des droits
de propriété intellectuelle**

THÈSE

PRÉSENTÉE À LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE GENÈVE
POUR OBTENIR LE GRADE DE DOCTEUR EN DROIT

PAR

FRANÇOIS PERRET

DE

RENAN (BERNE)

THÈSE N° 612

GENÈVE

LIBRAIRIE DE L'UNIVERSITÉ

GEORG & C^{ie} S.A.

La faculté de droit autorise l'impression de la présente dissertation sans entendre émettre par là aucune opinion sur les propositions qui s'y trouvent énoncées.

Genève, le 1^{er} août 1972.

Le doyen :
Christian DOMINICÉ.

Thèse N° 612.



ABRÉVIATIONS

A.I.P.P.I.	Association internationale pour la protection de la Propriété intellectuelle.
Ann.	Annales de la propriété industrielle, artistique et littéraire.
ATF	Arrêts du Tribunal fédéral suisse, Recueil officiel.
BGH	Bundesgerichtshof.
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen.
Bl.	Blatt für Patent-, Muster- und Zeichenwesen.
Dir. aut.	Il diritto d'autore.
D.H.	Dalloz hebdomadaire.
D.P.	Dalloz périodique.
DPA	Deutsches Patentamt.
FF	Feuille fédérale.
Gaz. Pal.	Gazette du Palais.
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht.
GRUR Ausl.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Auslands- und internationaler Teil.
IIC	International Review of Industrial Property and Copyright Law.
JCP	Jurisclasser périodique (Semaine juridique).
JdT	Journal des Tribunaux.
JPOS	Journal of the Patent Office Society.
J.W.	Juristische Wochenschrift.
Mitt.	Schweizerische Mitteilungen über gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht.
Mitteilungen	Mitteilungen der deutschen Patentanwälte.
Mass. Foro it.	Il Massimario del Foro italiano.
Mass. Giur. it.	Il Massimario della Giurisprudenza italiana.
MuW	Markenschutz und Wettbewerb.

N.J.W.	Neue Juristische Wochenschrift.
O.M.P.I.	Organisation mondiale de la propriété intellectuelle.
PA	Patentamt.
P.I.	La propriété industrielle.
Rassegna	Rassegna della proprietà industriale, letteraria e artistica.
Rev. trim. dr. com.	Revue trimestrielle de droit commercial.
RG	Reichsgericht.
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
R.I.D.A.	Revue internationale du droit d'auteur.
Riv. dir. com.	Rivista del diritto commerciale.
Riv. dir. ind.	Rivista di diritto industriale.
Riv. propr. int. e ind.	Rivista della proprietà intellettuale e industriale.
Riv. trim. dir. civ.	Rivista trimestriale di diritto civile e processuale.
RPA	Reichspatentamt.
RPC	Reports of Patents, designs and trade marks cases.
S.J.	Semaine judiciaire.
S.J.Z.	Schweizerische Juristen-Zeitung (Revue suisse de jurisprudence).
TMR	Trademark Reporter.
Ufita	Archiv für Urheber-Film-, Funk- und Theaterrecht.
USC	United States Code.
USPQ	United States Patent Law Quarterly.
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (Revue de la société des juristes bernois).
ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht (Revue de droit suisse).

INTRODUCTION

1. L'ère industrielle moderne se caractérise par la production en grande série d'objets qui, avant la révolution industrielle, étaient fabriqués par la main de l'homme. A mesure que se généralise cette production mécanisée, les décisions portant sur le choix de la forme des produits deviennent toujours plus importantes. La recherche de formes industrielles nouvelles constitue un des objectifs primordiaux des entrepreneurs ; le choix d'une forme va en effet déterminer le sort de toute une production : il paraît inutile d'insister sur l'importance de l'aspect extérieur d'un objet qui est un facteur de succès commercial au même titre que les qualités techniques du produit. Mais la forme conditionne également le coût de l'objet qui doit rester compétitif ; entraînant une incidence directe sur les frais d'outillage, la forme doit par conséquent être parfaitement intégrée au processus de fabrication. Les considérations relatives à la réalisation mécanisée de l'objet sont donc tout aussi essentielles que celles qui concernent son apparence esthétique. Si l'on ajoute qu'une machine ne devient rentable qu'à partir d'un certain seuil de production, on comprend qu'une fois la série lancée, il n'est plus possible d'arrêter le processus de fabrication. L'échec commercial d'un produit entraîne dès lors des conséquences extrêmement graves pour l'industriel. A la différence de l'artisan qui fabrique généralement sur commande un objet unique, l'industriel va devoir affronter, sans avoir pu amortir ses frais d'outillages, les problèmes économiques et financiers résultant de l'accroissement de ses stocks. La production d'objets en séries toujours plus importantes augmente ainsi considérablement les risques des entrepreneurs, ce qui les oblige à concentrer leurs efforts sur les caractéristiques formelles de leurs produits.

2. Si, de même que toute autre production de l'esprit — inventions techniques, œuvres littéraires et artistiques — les créations de forme d'objets industriels doivent bénéficier d'une protection juridique adéquate, le problème capital réside dans le choix d'un régime légal qui corresponde à leur véritable nature. Le caractère hybride de ces créations « situées au carrefour de l'art et de l'industrie »¹ permet en effet d'envisager l'application de plusieurs régimes de propriété intellectuelle.

¹ M.-A. Perot-Morel : Les principes de protection des dessins et modèles dans les pays du marché commun. Paris-La Haye 1968, p. 16.

Cette incertitude se traduit par la diversité des systèmes de protection adoptés par les législations nationales. Quatre tendances paraissent se dégager : la première consiste à soumettre au régime du droit d'auteur les formes d'objets industriels si celles-ci se qualifient comme des œuvres d'art appliquées à l'industrie². Comme deuxième option, on peut prévoir l'application cumulative d'une législation spécifique aux créations de formes d'objets industriels et du régime du droit d'auteur. Ce système, qui consacre le principe de l'unité de l'art, est en vigueur en France où la protection des formes industrielles est assurée à la fois par la loi du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique et par la loi du 14 juillet 1909 sur les dessins et modèles. La limitation de ce même cumul aux créations de formes démontrant une originalité suffisamment marquée est une troisième possibilité de résoudre le problème ; ce système prévaut en Suisse³ et en Allemagne⁴ où le régime spécifique aux dessins et modèles industriels ne s'applique qu'aux réalisations qui témoignent d'une veine créatrice inférieure. Enfin, l'exclusion de tout cumul caractérise la dernière tendance qui institue de la sorte un régime de protection des formes industrielles complètement autonome des autres droits de propriété intellectuelle. Cette solution a été adoptée par le droit positif italien⁵.

3. Mais les problèmes que pose la définition d'un statut juridique applicable aux créations de formes d'objets industriels ne s'épuisent pas dans l'opposition des termes « art » et « industrie ». La forme nouvelle donnée à un objet d'usage est généralement liée à une amélioration de sa performance. Or la plupart des systèmes de droit positif mettent l'accent sur l'aspect gratuit de la forme qui relève du régime des dessins et modèles industriels, excluant ainsi du champ d'application de la loi les configurations qui ont été conçues en fonction de l'obtention d'avantages pratiques. L'effet esthétique de la forme est ainsi opposé à son caractère utilitaire, ce qui a conduit certaines législations à distinguer la catégorie juridique des modèles d'ornement de celle des modèles d'utilité. En Italie⁶ ces deux genres de modèles font l'objet

² C'est le cas des pays du Benelux ; voir Th. Limberg : Le projet de loi uniforme Benelux en matière de dessins et modèles et sa signification pour les créateurs et fabricants néerlandais. R.I.D.A. 1964, p. 131 et suiv.

³ Loi fédérale concernant le droit d'auteur sur les œuvres littéraires et artistiques du 7 déc. 1922. Loi fédérale sur les dessins et modèles du 30 mars 1900.

⁴ Loi sur les droits d'auteur et les droits voisins du 14 septembre 1965. Loi concernant le droit d'auteur sur les dessins et modèles du 11 janvier 1876.

⁵ Décret royal du 25 août 1940 contenant les dispositions réglementaires relatives aux brevets pour modèles industriels et article 2593 du Code civil italien.

⁶ Le décret royal italien du 25 août 1940 divise la matière des dessins et modèles en deux branches ; il traite à sa section II des brevets pour modèles d'utilité et à sa section III des brevets pour modèles d'ornement. Il en va de même du Code civil italien dont l'article 2592 est consacré aux modèles d'utilité, l'article 2593 régissant les modèles d'ornement.

d'une réglementation unique alors qu'en Allemagne⁷ ils figurent dans deux lois différentes. Une des questions qui doit être résolue est celle de savoir si l'institution du modèle d'utilité correspond à une catégorie bien déterminée de produits de l'activité intellectuelle ou si elle n'est qu'une création artificielle de la loi⁸.

4. Cette description des différentes lois de propriété intellectuelle susceptibles de s'appliquer aux formes d'objets industriels ne serait pas complète si on ne mentionnait pas les diverses tentatives de soumettre ces réalisations au droit des signes distinctifs et à la loi sur la concurrence déloyale. Cette tendance se manifeste en droit français où certaines cours ont retenu comme critère de la contrefaçon, le risque de confusion créé par l'exploitation commerciale de produits dont l'aspect extérieur était identique⁹. Elle est encore plus nette en droit allemand où le § 25 de la loi sur les marques protège la forme des produits dans sa capacité distinctive, c'est-à-dire dans sa fonction d'identification d'une source de production — *Ausstattungschutz*¹⁰ —. Ces divers emprunts à des régimes qui ne sont pas destinés à sauvegarder les intérêts des créateurs de valeurs nouvelles renforcent encore le sentiment d'insécurité qui domine le juriste lorsqu'il affronte les problèmes posés par la protection des créations portant sur la forme de produits industriels.

5. Le droit de la propriété intellectuelle régit des phénomènes qui relèvent de l'activité spirituelle. Le bien protégé possède un caractère immatériel¹¹ de sorte que sa jouissance n'est liée ni au temps ni à

⁷ Loi du 11 janvier 1876 concernant le droit d'auteur sur les dessins et modèles et loi du 1^{er} juin 1891 sur les modèles d'utilité. Cette loi a subi plusieurs révisions dont la plus importante date du 5 mai 1936.

⁸ Relevons qu'en droit norvégien, la loi sur les dessins et modèles du 2 juillet 1910 n'opère aucune distinction entre le caractère ornemental et utilitaire de la forme, voir notamment B. Goldenhielm : *Lettre de Scandinavie*, P.I. 1967, p. 339, 342.

⁹ Voir notamment Cass. Comm. 10 mai 1967. Rec. Dalloz 1967 p. 619. Cour d'Appel Paris 9 mars 1967. Dalloz 1967 p. 664 avec note P. Greffe. Cour d'Appel. Paris 8 février 1969. Rec. Dalloz 1969 p. 364 avec note P. Greffe.

¹⁰ Le terme « *Ausstattung* » a été traduit en français par l'expression « conditionnement » ; la notion est cependant plus large car la protection de l'« *Ausstattung* » peut porter sur la forme même du produit : voir infra note 977.

¹¹ La nature juridique des droits de propriété intellectuelle est controversée. La théorie classique développée par Joseph Kohler d'un droit sur une chose immatérielle est actuellement battue en brèche par un fort courant doctrinal. Pour le Doyen Roubier, les droits de propriété intellectuelle sont des droits de clientèle. P. Roubier : *Le droit de la propriété industrielle*. Paris 1952, vol. I, p. 104 et suiv. M. Franceschelli les assimile à des droits de monopole. R. Franceschelli : *Trattato di diritto industriale, Parte generale*. Milano, 1960, vol. II, p. 535 et suiv. Le grand mérite de cette doctrine est d'avoir su mettre l'accent non pas sur la structure du droit mais sur sa fonction qui s'inscrit dans le cadre du

l'espace et peut être obtenue simultanément en plusieurs endroits¹². L'utilisation industrielle d'une invention, la reproduction d'une œuvre artistique ou d'un modèle, ne saurait être confinée à l'intérieur des frontières d'un seul Etat. L'ubiquité des biens immatériels se heurte toutefois à la nature territoriale de la protection qui leur est accordée ; le droit exclusif ne peut en effet être exercé que sur le territoire de l'Etat qui l'a concédé¹³. Certes des conventions ont tenté d'organiser un régime international de la propriété intellectuelle. Ces accords ne concernent toutefois que l'aspect formel du droit, la définition du bien protégé, les conditions matérielles de sa protection dépendant toujours de la loi interne de chacun des Etats membres¹⁴. Il faut relever que dans le domaine des créations de forme d'objets industriels, l'absence de toute définition de caractère international ou supra-national entraîne des conséquences beaucoup plus graves que dans d'autres branches de la propriété intellectuelle¹⁵. Ainsi l'invention technique repose sur des données de faits solidement établies. Personne n'aurait ainsi l'idée d'aller invoquer le droit des marques ou le régime du droit d'auteur pour protéger une innovation de cette nature. En revanche, de telles distortions sont parfaitement possibles en matière de formes industrielles. Une même création connaîtra un sort totalement différent selon

droit de la concurrence au sens large. Voir également dans ce sens A. Elster : *Urheber- und Erfinder-, Warenzeichen- und Wettbewerbsrecht*. Berlin-Leipzig 1928, p. 21 et suiv. T. Ascarelli : *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Istituzioni di diritto industriale, Milano 1960, p. 37 et suiv., 324 et suiv. W. Fikentscher : *Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz. Die Stellung des Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen*. München 1958.

¹² Voir notamment A. Troller : *Immaterialgüterrecht*. Bâle-Stuttgart 1968, Vol. I, p. 114 ; Ascarelli, *op. cit.*, p. 294.

¹³ Roubier, *op. cit.*, Vol. I, p. 215 et suiv. Voir aussi Troller, *op. cit.*, Vol. I, p. 141.

¹⁴ Pour les dessins et modèles on peut citer l'art. 4 de la Convention d'Union de Paris qui institue le droit de priorité et l'arrangement de La Haye du 6 novembre 1925 révisé le 2 juin 1934 organisant le dépôt international des dessins et modèles. Un nouvel arrangement de La Haye a été signé le 28 novembre 1960 : toutefois il n'entrera en vigueur que lorsque dix parties contractantes dont quatre Etats au moins ne faisant pas partie des arrangements précédents auront ratifié la nouvelle Convention (art. 26).

¹⁵ En matière de brevets d'invention un mouvement très net vers une uniformisation des conditions de fond et de forme de la protection s'amorce. Sur le détail des conventions qui ont été conclues dans le cadre du Conseil de l'Europe, de la Communauté économique européenne ou encore de l'OMPI voir J.D. Pointet: *La Suisse et l'harmonisation du droit des brevets*, Bâle 1969. En matière de dessins et modèles le rapprochement des diverses législations demeure toujours au stade embryonnaire. Dans la perspective d'une future harmonisation des divers systèmes de droit positif, il faut signaler les travaux de l'Association internationale pour la protection de la propriété industrielle — AIPPI — qui a inscrit à son programme (question 34A) l'étude d'un statut de protection des dessins et modèles industriels. Cette question a été débattue aux Congrès de Londres (1960) et de Berlin (1962) et a fait l'objet d'une résolution commune établie à Paris par les rapporteurs des groupes nationaux (1964).

qu'elle peut prétendre au statut du droit d'auteur dans un Etat déterminé ou qu'elle doit se contenter dans un autre Etat de la protection moins complète que lui offre la législation sur les dessins et modèles¹⁶. Cette différence de traitement sur le plan international se manifeste d'une façon tout aussi vive dans les relations entre pays qui connaissent le cumul total et ceux qui n'admettent que le cumul partiel, faisant ainsi dépendre l'application de la loi sur le droit d'auteur du degré d'originalité manifesté par la création. Si cette conception peut paraître à première vue plus généreuse que celle où l'exclusion de tout cumul est la règle, elle n'en conduit pas moins dans les rapports internationaux à une certaine insécurité préjudiciable aux intérêts des déposants. Le ressortissant d'un Etat où le principe de l'unité de l'art se trouve consacré ne pourra jamais établir d'une façon certaine si la création possède d'après les conceptions de l'autre Etat une originalité suffisamment marquée lui permettant d'invoquer les règles sur le droit d'auteur.

6. Avec l'institution du modèle d'utilité, la frontière qui sépare le domaine des réalisations techniques de celui des créations portant sur la forme des produits est encore plus difficile à tracer. Le modèle d'utilité emprunte en effet à la législation sur les brevets d'invention et au régime des dessins et modèles certains de leurs caractères essentiels. Sur le plan international, la concordance des institutions est loin d'être établie : en France, la Cour d'Appel de Paris¹⁷ a admis que la loi du 14 juillet 1909 sur les dessins et modèles protégeait une forme de car-

¹⁶ Sur le plan international, les ressortissants d'Etats n'admettant pas le cumul seraient donc favorisés au détriment des ressortissants des pays qui reconnaissent le principe de l'unité de l'art ; ainsi le créateur italien bénéficierait en France de la protection de longue durée dénuée de toute formalité que lui procure le droit d'auteur, alors que le créateur français ne pourrait prétendre en Italie qu'à la protection extrêmement courte résultant de la loi sur les dessins et modèles avec l'obligation de satisfaire aux conditions de forme prévues par cette législation. C'est pourquoi la Convention d'Union de Berne, dans le texte révisé à Bruxelles le 26 juin 1948 a supprimé cette anomalie en disposant à son article 29 al. 5 que « pour les œuvres protégées uniquement comme dessins et modèles dans les pays d'origine, il ne peut être réclamé dans les autres pays de l'Union que la protection accordée aux dessins et modèles dans ces pays ». Aux termes de cette réglementation, les modèles italiens ne pourront plus revendiquer, en France, l'application de la loi du 11 mars 1957 sur le droit d'auteur puisque dans leur pays d'origine ils ne sont protégés que comme dessins et modèles industriels. Voir H. Desbois : *Le droit d'auteur en France*, Paris 1966, p. 882 et suiv. R. Dusolier et Y. St-Gall : *Protection et défense des dessins et modèles*, Paris 1964. Cependant la Conférence de révision de Stockholm, du 14 juillet 1967, a ajouté à la demande du gouvernement italien un alinéa 7 à l'article 5 de la Convention qui prévoit que « si une telle protection n'est pas accordée dans ce pays les œuvres seront protégées comme œuvre artistique ». Le créateur italien pourra dès lors prétendre au statut du droit d'auteur dans les pays — par exemple le Benelux — où il n'existe pas de législation spécifique aux dessins et modèles industriels. Voir Perot-Morel, *op. cit.*, p. 162 et suiv.

¹⁷ Cour d'Appel Paris, 9 mars 1953, R.I.D.A. 1953 p. 124.

rosserie de motocyclette de type « scooter » alors que ladite configuration avait, en Italie, fait l'objet d'un brevet pour modèle d'utilité¹⁸. La distinction entre les deux catégories de modèles est souvent mal comprise dans la doctrine. Ainsi on a pu interpréter tel système de droit positif, en l'occurrence la loi autrichienne sur les dessins et modèles industriels comme s'appliquant aux modèles d'utilité¹⁹ alors que la jurisprudence du pays concerné les avait carrément exclus de la portée de la loi²⁰. De telles interprétations contradictoires sont possibles dès lors que la véritable nature du modèle d'utilité reste mal définie²¹.

7. La définition d'un statut juridique adéquat applicable aux créations de forme d'objets industriels est donc une tâche difficile. Les interférences avec les autres droits de la propriété intellectuelle apparaissent de prime abord si nombreuses que certains auteurs en ont conclu que ces créations ne pouvaient être soumises à un régime légal autonome²². Par exemple, le juriste italien Di Franco considérait que si la forme conférait à l'objet un aspect esthétique nouveau elle tombait sous le coup des dispositions du droit d'auteur qui protège l'œuvre artistique quel qu'en soit le mérite ou la destination ; en revanche, si la forme nouvelle permettait une meilleure utilisation de l'objet, sa protection devait être assurée par le droit des brevets d'invention. Di Franco

¹⁸ Sur la complexité des rapports franco-italiens relatifs aux créations de forme d'objets industriels. Voir notamment Rotondi : *Diritto industriale*, Padoue 1965, p. 299 et suiv.

¹⁹ Voir dans ce sens : Ed. von Waldkirch : *Die Wünschbarkeit gesetzlicher Bestimmungen über Gebrauchsmuster*, ZSR vol. 53 (N.F.) 1934, p. 147 a, 159 a et O.M. Bürgi : *Der Schutz des Gebrauchsmusters in der Schweiz*. Zürich 1957, p. 101.

²⁰ Notamment Verwaltungsgerichtshof 26 oct. 1954. Österreichisches Patentblatt 1955, p. 10. Verwaltungsgerichtshof 30 mai 1962. Österreichisches Patentblatt 1964, p. 90. Sur le problème de la protection des modèles d'utilité en Autriche voir S. Ephraïm : *Der Entwurf eines österreichischen Mustergesetzes GRUR* 1900, p. 384 et suiv. J. Kohler : *Entwurf eines österreichischen Gesetzes betreffend den Schutz gewerblicher Muster (Musterschutzgesetz)*, GRUR 1900, p. 352. R. Christian : *Musterschutz in Österreich*. GRUR Ausl. 1959, p. 582.

²¹ Cela est si vrai que le rapport relatif à la protection internationale des dessins et modèles présenté au nom des pays nordiques par M. Ljungman dans le cadre de l'A.I.P.P.I. proposait bien d'inclure les formes utilitaires dans la protection légale mais soulignait qu'il ne s'agissait pas là d'introduire l'institution du modèle d'utilité tel que le connaît le droit allemand. S. Ljungmann : *Rapport présenté au nom des groupes nordiques*. Annuaire international 1964 2^e partie. Question 34A, p. 79 et suiv.

²² Ainsi M. Desbois estime que dans le secteur des dessins et modèles les chevauchements sont inévitables car il n'est pas possible d'isoler le régime des arts industriels de celui de la propriété artistique. M. Desbois : *Dessins et modèles et Marché Commun* ; Travaux du colloque de Grenoble tenu les 6 et 7 décembre 1963 par le Centre de préparation à la gestion des entreprises de l'Université de Grenoble.

ajoutait que la discipline des dessins et modèles industriels ne subsistait en droit italien qu'en raison de traditions historiques, aujourd'hui dépassées²³.

Le titre de notre ouvrage indique déjà quelle est notre position à l'égard des thèses de l'éminent juriste italien. Nous tenterons en effet de démontrer que le régime des dessins et modèles industriels est une institution distincte et autonome des autres droits de propriété intellectuelle. Notre étude cherchera ainsi à mettre en valeur les éléments qui caractérisent les créations relevant de ce régime et qui les distinguent de celles soumises au droit d'auteur ou au droit des brevets d'invention. En visant expressément les créations de formes, nous entendons ne pas aborder les problèmes que posent la forme des produits dans sa fonction distinctive. La capacité distinctive de la forme ne dépend pas de l'activité créatrice d'un sujet déterminé mais de l'opinion des consommateurs. Elle est acquise dès lors que ceux-ci associent la forme à une source de production dont elle garantit la constance — affirmation commerciale ; *Verkehrsgeltung* —. La forme du produit devient ainsi un signe distinctif au même titre que la marque. Mais pour que cette condition soit remplie, il faut que le public soit convaincu que tous les produits munis d'un tel signe proviennent de la même source de production. Le processus de formation de l'affirmation commerciale de la forme requiert par conséquent la participation du public acheteur ; le phénomène de la création demeure au second plan. Les problèmes sont donc d'un ordre tout différent.

8. Tout en gardant comme point de mire le droit suisse, notre travail ne se situe pas dans un ordre juridique déterminé. Il ne saurait non plus être considéré comme une étude de droit comparé au sens strict du terme, même si nous nous référerons constamment aux institutions juridiques étrangères. En tentant de définir un régime spécifique applicable aux créations de formes d'objets industriels, nous voulons apporter notre contribution à l'effort de systématisation du droit de la propriété intellectuelle entrepris au cours de ces vingt dernières années.

²³ L. Di Franco : *Trattato della proprietà industriale*. Milano 1933, p. 215 et suiv.

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE

PHÉNOMÉNOLOGIE DE LA CRÉATION DE FORMES D'OBJETS INDUSTRIELS

§ 1. L'IMPORTANCE DES FACTEURS MÉTA-JURIDIQUES DANS LE DROIT DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE.

9. « Le droit s'élabore à partir des faits ; sans l'observation des faits, le juriste ne saurait même pas quels problèmes se posent, seule elle suggère les solutions possibles, permet d'apprécier leur valeur »¹. Toute appréciation juridique d'un phénomène ne peut ainsi faire abstraction de la réalité économique et sociale. Si l'analyse « des faits du droit »² constitue le fondement nécessaire de toute recherche juridique, elle s'impose avec encore plus de force dans le droit de la propriété intellectuelle³. Dans le domaine de la propriété corporelle, c'est toujours sur une portion du monde matériel que s'exerce la maîtrise du titulaire. Cette condition une fois acquise, l'objet du droit de propriété est juridiquement suffisamment défini. Certes le droit positif a distingué différentes catégories de biens corporels — mobiliers, immobiliers, fongibles, non fongibles — desquelles peuvent dépendre les modalités d'acquisition ou de transfert de la propriété ; mais il s'agit toujours de critères élaborés par le droit à l'intérieur d'un genre unique qui se caractérise par son appartenance au monde matériel. En revanche, les productions qui relèvent du monde de l'esprit ne constituent pas une catégorie homogène de biens à laquelle le droit réserverait un traitement juridique uniforme. La propriété intellectuelle

¹ H. Batiffol dans *Annales de la Faculté de Droit de Toulouse* 1964, p. 99, cité par Parain-Vial, *La nature du concept juridique et la logique*. *Archives de Philosophie du droit*, tome XI, *La logique du droit*, p. 45, 52.

² J.F. Perrin : *L'enseignement et la recherche en sociologie juridique*. *SJZ* 1970, p. 232, 233.

³ L'importance de la recherche sociologique en matière de propriété intellectuelle a été soulignée par de nombreux auteurs, au nombre desquels on peut citer Troller : *Immaterialgüterrecht*, vol. I, p. 157 et suiv. L. Sordelli : *Problemi giuridici della pubblicità commerciale*. Milano 1968, p. 11. G.A. Guglielmetti : *Il Marchio, oggetto e contenuto*, *Studi di diritto industriale*. Milano 1955, p. 45 et suiv.

connaît en effet le principe du *numerus clausus* des biens immatériels⁴. Parmi toutes les manifestations de l'activité intellectuelle, seules certaines feront l'objet d'un droit subjectif garantissant à leur auteur l'exploitation exclusive des fruits de sa création ; celles dont l'existence n'est pas sanctionnée par un droit exclusif tombent, lorsqu'elles sont achevées, dans le domaine public et peuvent être ainsi utilisées par tous⁵. De là l'importance de l'identification des caractères spécifiques de la production pour laquelle la protection est demandée. De plus, à chaque groupe de manifestations de l'activité intellectuelle qui bénéficie d'une protection légale, correspond un statut juridique particulier ; et les conditions d'application de chacun de ces régimes ne sont pas identiques : par exemple, le droit des brevets d'invention, des dessins et modèles, des marques de fabrique et de commerce exigent l'observation de certaines formalités alors que le droit d'auteur naît du seul fait de la création. Toutes ces raisons obligent le juriste à maîtriser les données de fait avant de pouvoir se prononcer sur l'issue juridique des problèmes. Pour réaliser ce travail d'identification et de classification, le juriste devra faire appel à des concepts relevant de domaines étrangers à la science du droit : les connaissances philosophiques, le savoir scientifique et technique, la compréhension des règles du commerce, du système d'organisation des entreprises se révèlent à cet égard d'une importance fondamentale⁶.

Le traitement juridique réservé aux créations de formes d'objets industriels dénote que cette réalité phénoménologique n'a pas été suffisamment explorée. On continue à se servir, du moins dans notre pays, de concepts traditionnels sans vérifier si ceux-ci correspondent encore à une réalité concrète. Ainsi les notions « d'ornementations », « d'arts appliqués » sont bannies du vocabulaire du dessinateur industriel alors qu'elles subsistent dans le langage du juriste et contribuent à fixer les conditions de protection de la création. On a dit que le droit est mouvant même s'il arrive que son expression demeure fixe⁷. Dans le domaine des formes industrielles, l'innovation se fait attendre car rarement on a pu constater un tel divorce entre les conceptions juridiques et la réalité des faits⁸.

⁴ A. Troller : *Immaterialgüterrecht*, vol. I, p. 60.

⁵ Au nombre des biens immatériels auxquels la loi n'accorde aucune protection figurent entre autres les découvertes scientifiques et les inventions qui ne possèdent pas un caractère technique — système de comptabilité, idéation publicitaire, etc.

⁶ A. Troller : *Immaterialgüterrecht*, vol. I, p. 157. H. Hubmann : *Urheber- und Verlagsrecht*. Munich-Berlin 1966, p. 28.

⁷ H. Lévy-Bruhl : *Sociologie du droit*. Paris 1967, p. 33.

⁸ Certains auteurs ont cependant pris conscience du phénomène que représente le dessin industriel dans la vie économique moderne. On peut ainsi citer :

§ 2. L'ESTHÉTIQUE INDUSTRIELLE ET LE FONCTIONNALISME.

10. L'esthétique industrielle ou « design » industriel est un terme à la mode mais qu'il importe de définir exactement vu son rôle prépondérant dans la vie industrielle moderne. Le terme revêt quelque ambiguïté : il peut viser soit une pure théorie, soit une activité pratique issue de l'évolution des techniques de production. Les juristes, fort peu nombreux du reste, qui se sont intéressés à l'esthétique industrielle, ont cru discerner une approche philosophique des problèmes posés par l'interpénétration des domaines de l'art et de l'industrie. Ainsi Madame Pérot-Morel relève que « l'esthétique industrielle est une discipline nouvelle dont le domaine est assez mal défini et qui ne saurait constituer pour l'instant une directive précise »⁹. Madame Pérot-Morel paraît ainsi envisager l'esthétique industrielle comme une nouvelle doctrine présidant à la conception de la forme des produits. Pourtant l'esthétique industrielle n'est pas une étiquette que l'on aurait collée sur une théorie des formes plus ou moins cohérente. Il s'agit bien au contraire d'un secteur de l'activité pratique dont l'importance est liée au phénomène de la reproduction mécanisée d'objets utilitaires. Il ne faut pas confondre, en effet, l'esthétique industrielle qui est une réalité avec les différentes doctrines philosophiques de l'art au nombre desquelles figure le fonctionnalisme. L'esthétique industrielle ne pouvait naître qu'après la révolution industrielle qui a rendu possible la fabrication en série d'objets alors que les origines du fonctionnalisme remontent à Socrate et à Platon. Socrate disait d'une cuiller qu'elle est belle si elle est utile¹⁰. Le fonctionnalisme représentait donc déjà une théorie de l'art à une époque où la vie économique n'avait pas quitté son cadre artisanal. Mais cette doctrine philosophique fit bientôt place à celle de la gratuité de l'art qui triompha dès la Renaissance. La Beauté et l'Utilité, bien loin de se confondre, devenaient des termes qui s'opposaient ;

Pour l'Italie : L. Sordelli : *Manifestazione e finalità di forme di prodotti e protezione giuridica*. Riv. trim. dir. civ. 1958, I, p. 217 et suiv.

Pour l'Allemagne : E. Gerstenberger : *Industrielle Formgebung und Urheberrecht*. Der Betriebsberater 1964, p. 39 et suiv. *Id.* : *Moderne Industrieform und ihr Recht*. GRUR 1966, p. 471. E. Hennsler : *Die industrielle Formgestaltung im Spiegel des Rechts*. Der Betriebsberater 1958, p. 529.

Pour les États-Unis d'Amérique : R. Bowen : *Design Patents and modern Industrial designs*. JPOS 1955, p. 744. M. Nimetz : *Design Protection*. Copyright Law Symposium. N° 15 1967, p. 79.

Pour la France : A. Bouju : *Fondements et Incertitudes de la protection des dessins et modèles*. Usine nouvelle 1965.

Pour la Suisse : F. Vischer : *Die Purifikation des Urheberrechts und der Schutz des Arbeitsergebnisses*. Festschrift für Walther Hug. Bern 1968, p. 259, 270.

⁹ *Op. cit.*, p. 325.

¹⁰ Cité par Alain : *Le système des Beaux-Arts*. Paris 1926, p. 119.

l'artiste s'est ainsi trouvé isolé du public, sa production étant réservée à une élite composée de riches mécènes¹¹. Cette conception de la Beauté inutile s'est maintenue malgré l'avènement de l'ère industrielle et avec elle de la production mécanisée : puisque, par essence, les réalisations industrielles ne pouvaient être artistiques, on a cherché à camoufler ce que produisait l'industrie « pour rendre beau », c'est-à-dire à décorer¹². L'art a été de la sorte « plaqué » sur le produit industriel.

Les adversaires de l'art inutile se manifestèrent tout d'abord sur un plan purement spéculatif. Au début du XIX^e siècle, Friedrich Weinbrenner écrivait que « la beauté réside dans l'absolue coïncidence des formes et des buts ». Parfaite est la forme complète à laquelle rien ne peut être ajouté ou enlevé¹³. Avec Paul Souriau¹⁴, le fonctionnalisme reprend une place prépondérante dans la philosophie de l'art. Mais le fonctionnalisme devait connaître son apogée vers 1920 grâce à Henri Van de Velde, Gropius et ses disciples de l'école du Bauhaus — Marcel Breuer, Mies Van der Rohe —. Pour les adeptes de l'école du Bauhaus, le fonctionnalisme n'était pas une pure spéculation de l'esprit ; il devait au contraire se traduire dans les faits et formuler les objectifs de la production industrielle. Le fonctionnalisme visait ainsi à épurer la forme des objets industriels en l'adaptant rigoureusement à leur fonction. Tout ce qui était irrationnel, surajouté à la fonction, en particulier la décoration extérieure, était impitoyablement supprimé. Le fonctionnalisme menait la lutte contre l'inutilité, contre l'objet dépourvu de fonction ; il tendait de la sorte à l'ascétisme¹⁵. Le fonctionnalisme portait en lui les germes qui l'ont tué, car son ascétisme cadrait mal avec notre société de consommation où une pléthore d'objets, de gadgets dont l'utilité paraît discutable sont offerts tous les jours au public¹⁶. Le fonctionnalisme s'oppose par ailleurs à la nature humaine : l'objet n'est pas seulement un ustensile réduit à sa seule valeur d'usage. L'objet a été de tout temps un signe qui a servi à affirmer le milieu social, le goût, le tempérament de son propriétaire¹⁷. Le fonctionnalisme avec ses formes strictes, épurées, ne répondait plus à ce besoin social¹⁸.

¹¹ L. Tolstoï : Qu'est-ce que l'Art ? Cité par D. Huisman et G. Patrice : *L'esthétique industrielle*. Paris, 1965, p. 43.

¹² J. Dumont : *Meubles et industries*. Esthétique industrielle 1964, p. 12.

¹³ F. Weinbrenner : *Architektonisches Lehrbuch*, cité par Th. Maldonado : *Esthétique industrielle* 1961, p. 67.

¹⁴ *La Beauté rationnelle*. Paris 1904.

¹⁵ A. Moles : *Les causes philosophiques de la crise du fonctionnalisme*. *Design Industrie* 1967, p. 10 et suiv.

¹⁶ Moles, *op. cit.*, p. 11.

¹⁷ F. Choay : *Fonctionnalisme et conscience : situation de l'industrial design*. *Revue d'esthétique* 1957, p. 264 et suiv. Voir aussi J. Baudrillard : *Le système des objets*. Paris 1968.

¹⁸ Sur le déclin du fonctionnalisme voir aussi G. Müller-Krauspe : *Opas Funktionalismus ist tot*. *Form*, N° 46 (1969), p. 29 et suiv.

§ 3. L'ESTHÉTIQUE INDUSTRIELLE DANS LE CADRE DE LA CONCURRENCE ÉCONOMIQUE.

11. Si le fonctionnalisme a exercé une influence importante sur l'esthétique industrielle, s'il en a à une certaine époque constitué « l'épine dorsale »¹⁹ il ne doit toutefois pas être confondu avec elle. Le fonctionnalisme est avant toute chose une doctrine empreinte d'un certain mysticisme. L'esthétique industrielle relève en revanche du domaine de l'activité pratique. Elle est née aux Etats-Unis à la suite de circonstances économiques, la grande crise de 1929. Avant la dépression, le succès commercial d'un produit était conditionné par deux facteurs : le prix de revient et le bon fonctionnement de l'objet. Les fabricants ne se préoccupaient absolument pas de l'apparence de leurs produits, ou s'ils s'en souciaient, ils étaient imprégnés de l'idée qu'il fallait déguiser l'objet industriel en y ajoutant des éléments décoratifs artificiels²⁰. Ce style, appelé « Kitsch », donna naissance à des produits d'une laideur repoussante ; de plus, il nuisait à la rentabilité du produit car il nécessitait des opérations supplémentaires, une fois la construction technique de l'objet achevée.

La grande dépression de 1929 obligea les industriels à prendre conscience de l'importance des caractéristiques formelles de leurs produits qui pouvaient être un élément de réussite commerciale aussi fondamental que le facteur technique ; à qualité technique égale et prix de revient égal, l'aspect du produit devenait déterminant dans une économie où l'offre excédait de beaucoup la demande. C'est à cette époque que Raymond Loewy, qui fut le promoteur de l'esthétique industrielle aux Etats-Unis, lançait son slogan demeuré désormais célèbre « La laideur se vend mal ». L'esthétique industrielle née sous le signe de la concurrence la plus féroce poursuit donc des fins purement commerciales ainsi qu'en témoigne par ailleurs le rapport publié par l'OECE en 1959 :

« La qualité d'un modèle n'a rien à voir avec des discussions académiques sur ce qui doit être ou non le bon goût. Le modèle est un élément du marché comme la personnalité du vendeur ou la publicité. Un modèle est bon s'il pousse le public à acheter. Il est mauvais quand il freine la vente. »²¹

¹⁹ Huisman et Patrix, *op. cit.*, p. 14.

²⁰ On a ainsi appliqué des papillons sur un rouleau compresseur ou des fleurs en imitation de fer forgé sur des machines à coudre. Huisman et Patrix, *op. cit.*, p. 22.

²¹ Cité par Huisman et Patrix, *op. cit.*, p. 54. Sur l'aspect concurrentiel de l'esthétique industrielle voir S. Bernadotte : Rôle de l'esthéticien dans la société. Esthétique industrielle 1961, p. 43 et suiv.

§ 4. L'INFLUENCE DE LA DÉCOUVERTE DE NOUVEAUX MATÉRIAUX SUR LE CHOIX DE LA FORME DES PRODUITS.

12. Un phénomène datant du début de ce siècle, la découverte de nouveaux matériaux, va jouer un rôle prépondérant dans le développement de l'esthétique industrielle. Le XIX^e siècle se caractérisait par une pénurie de types de matériaux disponibles ; seuls le fer, le bois et le verre étaient d'un usage courant. Mais au début de ce siècle apparaît l'aluminium, plus tard, grâce à la chimie des composés, on découvre la matière plastique. Celle-ci va révolutionner les procédés de fabrication industriels notamment dans l'industrie du meuble qui, avec l'emploi du bois, avait conservé un caractère artisanal. Désormais, en coulant de la matière plastique dans un moule, on pourra produire des objets « en un seul jet » évitant ainsi toute opération de montage²². Si l'emploi de nouveaux matériaux simplifie les procédés de fabrication, il pose toutefois des problèmes qui n'existaient pas avec les matières traditionnelles. Celles-ci possédaient en effet une forme déterminée : un tronc d'arbre a une structure qui lui est propre qui subsiste dans une très large mesure lors de son utilisation. En revanche, les matériaux nouveaux sont informes. Il faut donc artificiellement leur donner une morphologie. Avec l'emploi de nouveaux matériaux on assiste « à un passage arbitraire de l'informe à la forme »²³.

§ 5. LE RÔLE DU DESSINATEUR INDUSTRIEL.

13. Les problèmes que doivent affronter les créateurs de formes d'objets industriels diffèrent totalement de ceux qui se posent à l'artisan, déjà par le seul fait que le résultat des études de formes va se concrétiser dans un prototype répété des milliers de fois : une série manquée entraîne des conséquences autrement plus graves qu'un objet unique raté. Conscient des risques que présente la production en grande série, le dessinateur industriel doit penser en fonction des moyens de réalisation mécanique qu'il a à disposition. Monsieur Dumond a écrit très justement que si la machine est un élément de contrainte, elle inspire en même temps le créateur et le conduit à trouver des formes « inimaginables autrement »²⁴. L'intervention de la machine, la nature des matériaux utilisés, la destination pratique de l'objet, les considérations relatives au prix de revient sont autant de facteurs dont devra

²² A. Ducrocq : Matériaux nouveaux, formes nouvelles. Esthétique industrielle 1962, p. 11 et suiv.

²³ Ch. Lalo : Les structures maîtresses de la beauté industrielle. Revue d'Esthétique 1951, p. 252, 265.

²⁴ J. Dumond : Le siège. Esthétique industrielle 1962, p. 14, 15.

tenir compte le dessinateur dans la conception de la forme du produit. La création de forme d'objets industriels se présente ainsi comme la synthèse, l'intégration de tous ces éléments. Monsieur Lalo a utilisé l'image du contrepoint harmonique : il distingue cinq structures qui doivent être combinées et une superstructure qui vient coiffer les cinq premières ; il s'agit des structures fonctionnelles, matérielles, organiques, formelles, enfin des structures d'ambiance. Quant à la superstructure, elle n'est, dit M. Lalo, susceptible d'aucune définition : « C'est même pour cela que le langage naturellement analytique se prête mal à exposer cette synthèse organique. »²⁵

Lorsque l'on parle d'intégration ou de synthèse, cela signifie qu'une fois la création achevée, il n'est plus possible de dissocier les structures qui ont été ainsi combinées ; dans ce sens M. E. Souriau qualifie l'esthétique industrielle d'art impliqué : « cette quantité d'art qui se trouve non superposée ou surajoutée au travail industriel comme un correctif ou un additif plus ou moins superfétatoire, mais la quantité d'art qui se trouve incluse et comprise à l'intérieur du travail industriel... quantité d'art qui ne peut être mise à part que par la pensée car elle fait intimement partie de ce travail dans lequel elle intervient immanquablement et par nature »²⁶.

L'art impliqué exclut par conséquent l'art appliqué, c'est-à-dire l'art du décorateur qui rend un objet plus attrayant en lui ajoutant une ornementation superficielle. L'art impliqué veut au contraire que les caractéristiques formelles du produit naissent et se développent avec sa construction technique. L'action de l'esthétique et celle de la technique vont donc s'exercer simultanément ; l'une n'intervient pas après l'autre. Mais cet art impliqué, s'il élimine toute décoration artificielle, n'est pas un retour au fonctionnalisme ascétique cher à Gropius. La parfaite adaptation d'un objet à sa fonction est certes une condition nécessaire à sa réussite commerciale ; mais à lui seul cet objectif n'est pas suffisant²⁷. Des considérations esthétiques obligent le dessinateur industriel à fixer des limites à l'expression de cette fonction²⁸.

²⁵ Lalo, *op. cit.*, p. 252 et suiv. Pour M. Schürer l'intégration doit porter sur les facteurs techniques : fabrication et utilisation de l'objet ; les facteurs économiques : coût de production et marge bénéficiaire, enfin les facteurs humains : ergonomique, sociologique et esthétique. — A. Schürer : *Der Einfluss Produktbestimmender Faktoren auf die Gestaltung*. Edition de l'auteur 1969, p. 32 et suiv.

²⁶ E. Souriau : *Passé, présent, avenir de l'esthétique industrielle*. Revue d'Esthétique 1951, p. 225, 237.

²⁷ H. Vienot dans *Design Industrie* 1964, p. 15, 16.

²⁸ A cet égard, le slogan « on achète avec ses yeux » de la Technès, société de dessinateurs industriels, est particulièrement bien choisi.

§ 6. EXEMPLES PRATIQUES DE CRÉATIONS DE L'ESTHÉTIQUE INDUSTRIELLE.

14. Quelques exemples illustreront mieux en quoi consiste le travail du dessinateur industriel. Le modèle D.S. de la société Citroën représente le cas typique d'une innovation de nature formelle qui a révolutionné l'industrie de l'automobile. Jusqu'à ce que la D.S. fasse son apparition sur le marché, les carrosseries d'automobiles se singularisaient par une abondance de chrome, par des ailerons de requin qui alourdissaient la voiture, par un pare-choc hérissé de bosses compliquant les manœuvres de stationnement. M. Combet relève, à cet égard, que le lancement de nouveaux modèles n'étant guère justifié par des nouveautés techniques, les fabricants avaient dû se rabattre sur le décor ; il s'agit là, ajoute M. Combet, d'un exemple caractéristique du divorce existant entre la forme et la structure ; « l'innovation technique ayant tari, les formes vont s'épanouir en toute liberté sans plus écouter les impératifs fonctionnels »²⁹. Avec le lancement du modèle D.S., cette conception baroque de la carrosserie disparaît ; la forme s'intègre au programme technique et aux nécessités d'ordre fonctionnel que l'objet doit satisfaire. Au dire des connaisseurs, la D.S. se présente comme une création formelle parfaite, aux lignes pures et qui intègre complètement les fonctions internes — confort des passagers — et les fonctions externes — moindre résistance à l'air³⁰.

Dans le domaine des électro-ménagers, les transformations qu'a subi le fer à repasser méritent également d'être mentionnées ; pendant longtemps on a considéré que le bon fonctionnement du fer à repasser était conditionné par son poids ; on a alors conçu une forme de poignée épaisse et large qui devait permettre un moindre effort dans l'action d'appuyer. Lorsque l'on a réalisé que la chaleur dégagée par la plaque inférieure du fer constituait le facteur décisif pour la performance de l'objet, on a créé une poignée affinée dont la forme avait été étudiée en fonction de la seule action de pousser. Les exemples pourraient être multipliés. Il faut ainsi citer : le briquet Flaminaire dont la forme rappelant celle d'un galet doit permettre une bonne prise en main et l'insertion aisée dans une poche ; le fauteuil au dossier accoudoir facilitant la conversation de la personne qui est debout avec celle qui est assise ; enfin les bouteilles dont la base forme un hexagone aux fins d'obtenir un stockage en magasin sans perte de place, chaque flacon s'imbriquant dans l'autre. Mais laissons le dessinateur industriel italien Enzo Mari, créateur d'un cendrier qui a fait la fortune de son

²⁹ Extraits de la conférence de M. G. Combet à l'Institut d'esthétique industrielle, Esthétique industrielle 1961, p. 53.

³⁰ Combet, *op. cit.*, p. 54.

fabricant, décrire point par point les qualités que doit présenter cet objet :

- « 1) Le cendrier doit être bon marché ; il est réalisé en un seul morceau, ce qui facilite sa fabrication. »
- « 2) Il doit pouvoir être utilisé en tous lieux ; sa forme sphérique est simple et sa couleur blanche, noire, tabac, discrète. »
- « 3) Il doit être facile à nettoyer ; arrêtes et garnitures ont été supprimées. »
- « 4) Il doit pouvoir contenir une grande quantité de cendre et cette dernière ne doit pas s'envoler ; le cendrier est profond. »
- « 5) Il faut pouvoir y poser la cigarette ; la moitié de sa circonférence est composée d'un bord plat légèrement incurvé. »
- « 6) Il faut pouvoir y écraser la cigarette ; la deuxième moitié est un bord strié et plat. »³¹

§ 7. LE DIVORCE ENTRE LES FAITS ET LE DROIT.

15. Les créations de forme d'objets industriels représentent donc la synthèse de toute une série de facteurs d'ordre technique, économique et plastique que le dessinateur a dû préalablement identifier. Le cendrier d'Enzo Mari constitue, à cet égard, un excellent exemple : sa forme globale, dont l'effet esthétique est indéniable, aurait été certainement différente si l'élément économique du prix de revient n'avait pas nécessité une fabrication « en un seul jet » sans opération additionnelle de montage et d'assemblage. Cependant, une fois la conception du cendrier achevée, l'objet devient une unité organique où les caractéristiques formelles relevant de considérations utilitaires et esthétiques sont étroitement imbriquées de telle sorte qu'il n'est plus possible de les dissocier. Les différentes structures, exprimées chacune par une forme, s'interpénètrent et agissent les unes sur les autres pour se fondre ensuite dans un tout qui devient la réalisation formelle finale.

16. C'est cet art de synthèse, cette intégration des éléments plastiques du produit à sa construction technique, que le droit paraît ne pas avoir saisi. Certes une évolution se dessine dans l'appréciation juridique des problèmes posés par la création des formes d'objets industriels³². Toutefois, les conceptions traditionnelles de « l'art inutile » paraissent encore solidement ancrées. Sans anticiper sur ce qui sera dit par la suite, on peut néanmoins relever que la Suisse et les Etats-Unis d'Amé-

³¹ « Les Milanais créent pour vous ». Réalité, n° 279, avril 1969, p. 58, 62.

³² Voir *infra* n° 151.

rique adoptent des vues très conservatrices puisque l'élément décoratif, l'aspect ornemental de la forme semble toujours être la condition matérielle déterminante de l'application du régime des dessins et modèles. Aux Etats-Unis, la loi dispose que « quiconque invente un dessin nouveau, original et *ornemental* pour un objet fabriqué peut obtenir un brevet aux conditions posées par le présent titre »³³. Dans son appréciation du caractère ornemental ou décoratif du modèle, la jurisprudence américaine s'est efforcée, sans grand succès d'ailleurs, de distinguer les éléments formels résultant de la fonction de l'objet de ceux qui procèdent de considérations esthétiques. Ainsi, la Cour d'Appel du 7^e Circuit annulait le dépôt d'un modèle de support de lampe en relevant qu'il s'agissait là d'une forme découlant de la construction technique de l'objet et qui ne présentait aucun élément de caractère décoratif³⁴. C'est l'absence de « toute émotion esthétique » qui a conduit la Cour d'Appel du 2^e Circuit à invalider le dépôt d'un modèle de cruche aux lignes épurées et dépouillées de tout décor extérieur³⁵. Il faut également citer une décision assez récente de la Cour d'Appel des brevets et des douanes qui illustre, d'une manière particulièrement convaincante, ce divorce entre la réalité et le concept juridique :

« Un grand nombre d'objets, dont la forme est dictée uniquement par la fonction, sont agréables à regarder, par exemple un casse-noix, une canne de golf ou une canne à pêche, le plaisir dépendant dans une très large mesure de l'intérêt de l'utilisateur de l'objet. Mais il est établi depuis longtemps que si une forme est le résultat de considérations de nature fonctionnelle, elle ne peut être protégée par un brevet pour modèle d'ornement pour la seule raison qu'elle n'est pas décorative, c'est-à-dire qu'elle n'a pas été créée dans un but d'ornementation. »³⁶

La loi fédérale sur les dessins et modèles industriels du 30 mars 1900 prévoit à son article 3 que « la protection accordée par la présente loi ne s'applique pas aux procédés de fabrication, à l'utilisation ou à l'effet technique de l'objet fabriqué sur le type du dessin ou modèle protégé ». Dans une jurisprudence constante, le Tribunal fédéral a interprété cette disposition comme excluant de la portée de la loi les formes qui étaient exclusivement ou en majeure partie dictée par la fonction de l'objet³⁷. Déjà pour ce motif, la norme juridique cadre mal

³³ Patent Act 19 juillet 1952 : 35 USC Sect. 151.

³⁴ Cour d'Appel 7^e Circuit, 13 mai 1949. 81 USPQ, p. 328 et suiv.

³⁵ Cour d'Appel 2^e Circuit, 137 USPQ, p. 139.

³⁶ Cour d'Appel des brevets et des douanes 19 mars 1964. 140 USPQ, p. 653. Dans le même sens, Cour d'Appel 9^e Circuit 20 mai 1968, 158 USPQ, p. 178. Voir aussi la jurisprudence citée par H. Secrétan : La protection des dessins et modèles aux Etats-Unis et en Suisse, Etude de droit comparé. Genève 1964, p. 65 et suiv.

³⁷ ATF 30 novembre 1943. 69 II p. 421 ; 28 avril 1945. 71 I p. 134. JdT 1945 503. 4 octobre 1966. 92 II p. 202. JdT 1967 p. 623.

avec la réalité des faits. Mais avec l'arrêt *Kehrer c/Metallbau A.G. Zurich*³⁸, notre instance suprême franchit un nouveau pas vers un refus systématique de protéger les créations de formes conçues selon les principes qui viennent d'être exposés. Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral constate que les formes dépouillées appartenant au style moderne ne permettent guère le déploiement d'une activité créatrice, alors que les objets conçus sous l'égide des styles baroque ou rococo démontraient généralement, en raison de leur ornementation superficielle, une certaine originalité³⁹. Notre instance suprême paraît ainsi admettre que l'élément décoratif et lui seul détermine les conditions matérielles de protection de la loi sur les dessins et modèles. Cette décision rend évidemment très précaire l'assujettissement à ce régime des formes répondant aux objectifs de l'esthétique industrielle. On peut même dire que l'arrêt *Kehrer c/Metallbau A.G. Zurich* restreint considérablement le champ d'application de la loi sur les dessins et modèles, le limitant pratiquement aux productions de l'artisanat où l'élément décoratif joue encore un rôle.

Les concepts juridiques dégagés par ces quelques décisions suisses et américaines se révèlent être des expressions inadéquates de la réalité. Bien plus, en voulant dissocier ce qui est fonctionnel de ce qui ne l'est pas, en considérant le décor de l'objet comme la marque de l'originalité, ces arrêts nient la réalité. Le divorce existant entre les faits et le droit semble dès lors établi et il nous appartiendra dans les pages qui vont suivre de rétablir l'harmonie.

³⁸ ATF 30 septembre 1969. 95 II 470. JdT 1970 p. 626 et suiv.

³⁹ ATF 95 II p. 475, 476.

PREMIÈRE PARTIE

PRINCIPES GÉNÉRAUX DU DROIT D'AUTEUR
ET DU DROIT DES BREVETS D'INVENTION

17. A première vue, le droit des dessins et modèles paraît être le système de protection le mieux adapté aux créations de formes d'objets industriels. Toutefois, on ne pourra conclure à l'autonomie de cette branche de la propriété intellectuelle que lorsque des différences spécifiques auront été établies entre les productions relevant de ce régime et celles qui font l'objet des régimes voisins tels le droit d'auteur et le droit des brevets d'invention. Cette démarche suppose avant toute chose que l'on ait correctement identifié les caractères essentiels de l'œuvre investie du droit d'auteur et de l'invention technique, sinon la comparaison risque de s'effectuer sur des bases viciées au départ.

C'est du reste parce que l'analyse n'a pas été poussée assez loin que les propriétés spécifiques au régime des dessins et modèles n'ont pu être dégagées avec suffisamment de clarté. La théorie de l'unité de l'art, l'assujettissement des formes dites utilitaires au droit des brevets d'invention témoignent de cette désagrégation du régime. On a pu ainsi soutenir que le droit des dessins et modèles représentait un pont, une charnière entre le domaine des créations esthétiques et celui des réalisations utilitaires¹. L'effet esthétique lié à la forme imposerait déjà le rattachement de la matière des dessins et modèles à la loi sur le droit d'auteur car cet élément marquerait également toutes les productions soumises à ce régime. Mais, d'autre part, l'utilité sous-jacente à la création et qui découle d'une amélioration de la performance de l'objet auquel la forme est intégrée, entraînerait la mise en œuvre des règles du droit des brevets d'invention. Le caractère esthétique ou l'utilité de la forme excluerait ainsi toute spécificité du régime des dessins et modèles, ces concepts délimitant le champ d'application respectif des dispositions légales relatives au droit d'auteur et au droit des brevets d'invention. Attirés par deux pôles apparemment contraires, les contours du droit tendraient de la sorte à se confondre avec ceux des régimes voisins. Ce phénomène de polarisation se traduit dans certains ordres juridiques par l'institution de deux types de modèles, le modèle d'ornement et le modèle d'utilité².

¹ Dans ce sens Lutter-Elster : *Patentgesetz und Gebrauchsmustergesetz*. Berlin 1936, p. 49.

² Voir notamment E. Ulmer : *Urheber- und Verlagsrecht*. Berlin 1960, p. 21. « Der Unterschied zwischen technischen Schutzrechten und Urheberrechten bestimmt auch die Zweiteilung des Musterrechts in Gebrauchs- und Geschmacksmusterrechte. »

On peut toutefois se demander dans quelle mesure les qualités esthétiques ou utilitaires d'une production interviennent véritablement dans l'identification du bien protégé par le droit d'auteur et le droit des brevets d'invention. Si cette conception traditionnelle devait être quelque peu nuancée, la place qu'occupe le droit des dessins et modèles au sein des différents régimes de propriété intellectuelle mériterait d'être redéfinie. On comprend alors pourquoi le problème de l'autonomie de cette discipline juridique ne peut être résolu par une étude de la matière des dessins et modèles pour elle-même. L'indépendance d'un statut juridique applicable aux créations de formes d'objets industriels ne sera déterminable que si les questions ont été abordées dans un cadre général, sous l'angle d'une analyse de l'ensemble des droits de propriété intellectuelle. Il faudra donc dans une première étape définir la nature véritable des productions qui relèvent du droit d'auteur et du droit des brevets d'invention. Ce n'est qu'une fois cette tâche accomplie qu'il deviendra possible d'établir les propriétés spécifiques aux créations de formes d'objets industriels et de conclure ainsi à leur assujettissement à un système de normes protectrices autonomes des autres régimes de propriété intellectuelle. Cette approche sous l'angle de la théorie générale va également permettre de nous prononcer sur la légitimité des conceptions qui assimilent l'institution du modèle d'ornement à un « petit droit d'auteur », celle du modèle d'utilité à un « petit brevet »³ car c'est tout le problème de la graduation de la condition de l'originalité qui se trouve posé. Une étude approfondie des conditions qui traduisent, sur le plan juridique, l'existence d'une création, paraît donc indispensable. C'est à ces questions fondamentales que sera consacrée notre première partie. Celle-ci sera divisée en trois chapitres :

Chapitre I : Le domaine d'application du droit d'auteur et du droit des brevets d'invention.

Chapitre II : La création dans le droit d'auteur et dans le droit des brevets d'invention.

Chapitre III : Le rôle de la forme et de l'idée dans le droit d'auteur et dans le droit des brevets d'invention.

³ Voir notamment Fikentscher, *op. cit.*, p. 139.

CHAPITRE PREMIER

LE DOMAINE D'APPLICATION DU DROIT D'AUTEUR ET DU DROIT DES BREVETS D'INVENTION

PREMIÈRE SECTION :

NOTIONS GÉNÉRALES

§ 1. NÉCESSITÉ D'UNE DÉFINITION.

18. Jusqu'à ces dernières années, les grands domaines de la propriété intellectuelle — droit d'auteur, droit des brevets d'invention — n'avaient pas fait l'objet d'une étude systématique, chaque matière étant traitée pour elle-même⁴. Cette spécialisation⁵ a conduit la jurisprudence à caractériser l'invention brevetable ou l'œuvre investie d'un droit d'auteur par rapport à des phénomènes appartenant au même genre de manifestations de l'activité intellectuelle où toutefois l'élément original nécessaire à l'octroi de la protection légale faisait défaut. Ainsi, dire qu'il y a une invention « lorsqu'un effet utile et par conséquent un progrès utile sont obtenus par la réalisation d'une idée originale 'créatrice' »⁶, ce n'est pas définir l'essence de l'invention mais établir la qualité qui la distingue des autres nouveautés techniques. En droit d'auteur, bon nombre de définitions appellent les mêmes réserves ; ainsi en est-il de celle qui caractérise l'œuvre comme une « création originale... qui incorpore une idée créatrice ou porte l'expression personnelle

⁴ Parmi les ouvrages qui ont traité d'une manière systématique l'ensemble des droits de la propriété intellectuelle, il faut citer les deux livres de M. C. Schramm : *Grundlagenforschung auf dem Gebiete des gewerblichen Rechtsschutzes und Urheberrechts*, Berlin-Cologne 1954 et *Die Schöpferische Leistung*, Berlin-Cologne 1957.

⁵ Voir sur ce point les critiques de M. Troller : *Immaterialgüterrecht*, vol. I, p. 5.

⁶ ATF 9 juin 1937. 63 II 271. JdT 1937 p. 40 et 41. Voir aussi ATF 28 avril 1959, 85 II 131 ; 29 juin 1963. 89 II. 156. JdT 1963 p. 612. 8 mars 1968. 92 II 48.

d'une pensée »⁷. En réalité, lorsque l'on recherche dans une prestation intellectuelle « l'idée créatrice », « la création originale », on s'efforce de délimiter à l'intérieur d'une catégorie homogène de manifestations intellectuelles, celles qui méritent la protection légale. En revanche, ces concepts sont inutilisables lorsqu'il s'agira d'attribuer une production intellectuelle à l'un ou l'autre de ces régimes. Dans certains cas l'on pourra, il est vrai, tabler sur le titre de la loi et décider, à l'aide d'un jugement intuitif, que telle prestation intellectuelle doit être régie par tel statut juridique ; d'un roman, on n'aura aucune difficulté à établir qu'il relève de la loi sur la propriété littéraire et artistique⁸. Le recours au titre de la loi sera toutefois inopérant lorsque l'on devra affronter les problèmes posés par la protection de ce que l'on désigne couramment sous l'appellation de « petite monnaie » du droit d'auteur — *Kleine Münze* —. Il faudrait en effet singulièrement forcer le sens des mots pour faire entrer dans le domaine de la littérature, des productions telles que : catalogues, livres d'adresses, annuaires téléphoniques. L'intérêt de trouver des critères permettant de cerner les champs d'application respectifs du droit d'auteur et du droit des brevets d'invention se révèle donc primordial. Il le devient toujours plus à une époque où l'esprit humain se manifeste sous des formes qui s'affranchissent complètement des données traditionnelles⁹.

§ 2. LE BEAU ET L'UTILE : INCIDENCE DE CES CRITÈRES SUR LE PLAN JURIDIQUE.

19. L'esprit humain se manifeste dans les directions les plus diverses : parmi les multiples aspects de l'activité spirituelle se détachent la recherche de l'Utile et le culte du Beau¹⁰. A ces deux objectifs, on serait tenté de rattacher nos deux groupes de normes, dont l'un, le droit d'auteur, se verrait attribuer les productions de l'esthétique, l'autre, le droit des brevets d'invention, les réalisations utilitaires. Cette vue paraît toutefois beaucoup trop schématique car les représentations qu'évoquent les termes « esthétique » et « utilitaire » manquent de netteté pour servir de critères juridiques appropriés. Ainsi l'adjectif « esthétique » peut être utilisé dans deux sens : dans un sens absolument neutre il vise toute entité perceptible par les sens¹¹ de sorte qu'il suffira que notre œil

⁷ ATF 4 avril 1950 76 II 97.

⁸ En revanche, l'affectation d'une prestation intellectuelle au régime des brevets d'invention nécessitera toujours une définition conceptuelle, car le terme « invention » évoque surtout la qualité d'une nouveauté et non le genre auquel elle appartient. On parle ainsi d'inventions techniques, commerciales, esthétiques.

⁹ Notamment dans le domaine de l'art moderne ; voir surtout M. Kummer : *Das urheberrechtlich schützbares Werk*. Berne 1968.

¹⁰ M. Ghiron : *Corso di diritto industriale*. Rome 1935, p. 9.

¹¹ Schramm : *Die schöpferische Leistung*, p. 79. Voir aussi Troller : *Immaterialgüterrecht*, vol. I, p. 519.

puisse distinguer les contours d'un objet, la surface qu'une chose occupe dans l'espace pour que celle-ci devienne une réalisation esthétique. Dans cette acception, le terme « esthétique » s'appliquerait à la plupart des résultats objectivés d'une activité intellectuelle et, de ce fait, semble incapable de définir les créations soumises au droit d'auteur. Mais l'esthétique est généralement associée à l'idée de la Beauté ; elle devient alors un synonyme du terme « artistique »¹². Utilisée dans ce sens l'esthétique ne saurait en aucune manière être une composante de l'œuvre protégée par un droit d'auteur¹³ ; tout d'abord parce qu'une telle interprétation s'inscrirait en marge du droit positif. Les exemples abondent en jurisprudence où la protection de la loi sur le droit d'auteur a été concédée à des réalisations dénuées de tout caractère artistique¹⁴. En sens contraire, des productions intellectuelles peuvent atteindre une certaine beauté sans pour autant donner prise à des droits d'auteur. Ainsi, certaines figures géométriques exercent un attrait esthétique incontestable ; mais parce qu'elles ne sont que la traduction dans l'espace de lois mathématiques ou physiques, elles ne sauraient prétendre à la protection de la loi¹⁵. La contemplation de produits de la pure technique provoque chez le spectateur une certaine jouissance esthétique : ces productions n'en sont pas moins, et pour les mêmes raisons, exclues du champ d'application de la loi sur le droit d'auteur¹⁶.

Le droit positif interdit par conséquent l'emploi du critère du caractère esthétique de l'œuvre, associé à l'idée du Beau. Mais, en dehors de toute considération positiviste, l'application d'un tel critère conduirait

¹² Sur les deux sens du terme « esthétique » voir A.D. Russel-Clarke : *Copyright in industrial designs*, Londres 1968, p. 18.

¹³ M. Are : *L'oggetto del diritto d'autore*, Milan 1963, p. 10. Parmi les auteurs qui considèrent que la beauté est une qualité de l'œuvre donnant prise à un droit d'auteur, il faut citer T. Ascarelli, *op. cit.*, p. 703. En revanche et contrairement à ce que paraît soutenir M. Are, Troller n'exige pas que l'œuvre soit belle ; il suffit qu'elle s'adresse à notre sens de la beauté.

¹⁴ C'est le cas des petites monnaies du droit d'auteur tels par exemple : des tables mathématiques, ATF 1^{er} mars 1938 64 II 162. JdT 1958 p. 522 ; des méthodes d'enseignements, ATF 26 octobre 1963 88 IV p. 123. JdT 1963 IV p. 25 ; des annuaires téléphoniques, RG 21 avril 1925 J.W. 1925 p. 2777 ; des cartes géographiques, RG 30 juin 1924. RGZ 108 p. 62 ; des formulaires de comptabilité, RG 13 février 1934. JW 1934 p. 1283 ; des plans de ville, BGH 25 octobre 1955 BGHZ 22 p. 319.

¹⁵ Ce serait le cas selon M. Kummer de certaines œuvres de Mondrian et de Malewitsch. Voir M. Kummer : *Das urheberrechtlich schützbares Werk*, p. 56.

¹⁶ Certains auteurs ont ainsi distingué le domaine de l'esthétique de celui de l'art. L'art est personnel ; il suppose une création consciente de l'homme. Le domaine de l'esthétique est beaucoup plus vaste : il comprend toutes les formes qui touchent notre sens de la beauté sans que l'homme y soit pour quelque chose ; ainsi en est-il des formes de la nature — *Naturästhetik* — voir notamment : R. Calmann : *Kunstschutz und Technik*, GRUR 1930, p. 265 ; Schanze : *Kann eine Form der reinen Zweckmässigkeit eine ästhetische Wirkung haben und deshalb des Geschmacksmusterschutzes teilhaftig werden ?* GRUR 1915, p. 231.

à une impasse en raison de sa nature éminemment subjective. La Beauté ne peut être établie dans l'absolu ; c'est en réalité une qualité de l'objet attribuée par le sujet qui le contemple. Le concept d'une beauté idéale séparée de l'objet et qui le transcende paraît donc difficilement acceptable¹⁷. En d'autres termes, l'objet en lui-même est neutre ; c'est notre personnalité qui lui confère son caractère esthétique. Le jugement esthétique va donc reposer exclusivement sur les états d'âmes, les sentiments du spectateur¹⁸. L'idée du Beau est un concept qui, pour cette raison, doit rester à l'écart des préoccupations du juriste¹⁹.

20. Certains auteurs ont tenté de tracer la ligne de démarcation entre le droit d'auteur et le droit des brevets d'invention en insistant sur l'aspect gratuit de la production esthétique par opposition à la finalité des créations techniques. Dans cette perspective, l'art se révèle être sans but, ou selon les termes de Kant « une finalité sans fin »²⁰. Une réalisation intellectuelle échapperait ainsi à l'emprise du droit d'auteur du seul fait de son caractère utilitaire, c'est-à-dire lorsqu'elle a pour fonction de satisfaire un besoin matériel²¹. Or sur le plan du droit positif, la théorie de la gratuité de l'œuvre se heurte aux principes généraux du droit d'auteur. Il est en effet constant que pour l'application de la norme, le juge n'a pas à prendre en considération la destination de l'œuvre²². Les petites monnaies du droit d'auteur pourront ainsi revendiquer la protection légale au même titre que les œuvres dites artistiques²³. De la même manière, le but essentiellement pratique des œuvres de l'architecture ne constitue pas un obstacle à leur soumission au régime du droit d'auteur²⁴. Sur le plan philosophique, il

¹⁷ J. Berthelemy : *Traité d'esthétique*. Paris 1964, p. 11 et suiv.

¹⁸ La dispute entre une conception subjective et objective de l'esthétique paraît être tranchée en faveur du premier terme de cette alternative. Le subjectivisme de Kant a donc triomphé de l'objectivisme de Schiller. Voir sur ce point Schramm : *Die schöpferische Leistung*, p. 80 et suiv.

¹⁹ Voir notamment Troller : *Immaterialgüterrecht*, vol. I, p. 60, 519. H. Desbois : *Le droit d'auteur en France*, p. 3.

²⁰ La théorie de la gratuité de l'œuvre donnant prise à un droit d'auteur a été soutenue par de nombreux auteurs : voir notamment J. Kohler : *Das literarische und artistische Kunstwerk und sein Autorschutz*. Mannheim 1892, p. 8 et suiv. *Id.* : *Handbuch des deutschen Patentrechts*. Mannheim 1900, p. 121. K. Runge : *Urheber- und Verlagsrecht*. Bonn-Hanovre-Stuttgart 1948, p. 286 et suiv. M. Kummer, *op. cit.*, p. 70. H. Siegwart : *Der urheberrechtliche Schutz der wissenschaftlichen Werke*. Berne 1954, p. 16 et suiv.

²¹ Sur la notion d'utilité voir *infra* n° 36.

²² Le principe est expressément prévu à l'art. 2 de la loi française du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique.

²³ Voir jurisprudence citée sous notes 76 et 86. Voir aussi Cour de Paris 18 décembre 1924. D.H. 1925 p. 30 relatif à un annuaire commercial. Cour de Paris 29 juin 1929. Ann. 1932 p. 296 relatif à un catalogue. Cour de Colmar 30 juillet 1951. Ann. 1952 p. 52 et Cour de Lyon 17 mars 1955. Ann. 1955 p. 257 relatif à un plan de ville. Cass. Crim. 2 mai 1961. JCP 1961 I n° 12241 relatif à un panier à salade.

²⁴ ATF 11 nov. 1930 56 II 413 JdT 1932 p. 201. 31 mai 1932 58 II 290.

est par ailleurs reconnu que la Beauté ne s'oppose pas à l'Utilité ; ce sont deux points de vue distincts, deux optiques différentes de la manière d'apprécier un objet²⁵. La présence d'un facteur utilitaire n'implique pas, mais n'exclut pas non plus la qualité esthétique²⁶.

21. Ces quelques considérations nous permettent de conclure que le Beau et l'Utile sont des concepts incapables de représenter la frontière séparant le domaine du droit d'auteur de celui des brevets d'invention ; une œuvre peut être investie d'un droit d'auteur tout en étant esthétiquement indifférente et en poursuivant une fin utilitaire. Quant à la matière des brevets d'invention, si le caractère utilitaire est intrinsèque aux créations relevant de ce régime, l'exemple des œuvres d'architecture témoigne de ce qu'il existe des réalisations visant un but essentiellement pratique et qui ne font pas partie du genre des inventions techniques²⁷. L'analyse doit donc être poussée plus loin et se détacher de l'apparence des choses pour pénétrer leur essence profonde²⁸.

§ 3. LE RAPPORT ENTRE LE DROIT EXCLUSIF ET LA NATURE DU BIEN PROTÉGÉ.

22. Aucun texte de loi au monde ne donne une définition précise du bien protégé par le régime des brevets d'invention ou par celui du droit d'auteur. Ici l'on parle « d'inventions nouvelles utilisables industriellement »²⁹, là de « créations personnelles de l'esprit »³⁰. Ces concepts

²⁵ Nédoncelle : Introduction à l'esthétique, Paris 1953, p. 37 et suiv.

²⁶ M. Are remarque que des productions qui paraissent relever de l'art pur entraînent certaines conséquences sur le plan de l'utilité matérielle. Voir Are, *op. cit.*, p. 18. Il faut observer dans ce même contexte que la clause constitutionnelle qui autorise le congrès américain à légiférer en matière de droit d'auteur — copyright — mentionne expressément les « useful arts ». Le caractère utilitaire de l'œuvre, le fait qu'elle possède « some utility » est considéré par Ball comme l'une de ses conditions de protection. Voir Ball : *The law of Copyright*, Albany - New-York 1944, p. 109 et suiv.

²⁷ Sur la distinction à établir entre le caractère technique et utilitaire d'une production voir *infra* n° 36. Voir aussi Cass. française 22 février 1966 J.C.P. 1967 I n° 15196 où la plus haute juridiction française relève que la notion de brevetabilité ne coïncide pas avec celle de l'utilité.

²⁸ L'essai de classification de M. Schramm est intéressant à plus d'un titre. Cet auteur distingue les productions intellectuelles appartenant au domaine de la création « culturelle » — kulturelles Schaffen — de celles relevant du domaine de la création « civilisatrices » — zivilisatorisches Schaffen. La création culturelle se verrait attribuer les œuvres artistiques et littéraires, celles de l'artisanat etc., la création civilisatrice, les œuvres scientifiques et techniques. Schramm : *Die schöpferische Leistung*, p. 56 et suiv.

²⁹ Par exemple voir article 1 de la loi fédérale sur les brevets d'invention du 25 juin 1954.

³⁰ Par exemple § 2 al. 2 de la loi allemande sur le droit d'auteur et les droits voisins du 9 septembre 1965.

sont inutilisables tels quels et obligent le juriste à recourir à des notions extrinsèques au texte légal. En revanche, la loi est plus précise en ce qui concerne les prérogatives conférées au créateur d'un bien immatériel ; et celles-ci sont différentes selon qu'il s'agit d'une invention technique ou d'une œuvre esthétique. Ainsi la loi sur les brevets d'invention réserve au titulaire du brevet le droit exclusif d'utiliser l'invention professionnellement alors que le monopole accordé à l'auteur trouve ses limites dans la reproduction et la représentation de l'œuvre en vue de sa communication au monde extérieur³¹. Cette différence de traitement constitue un excellent point de départ pour cerner le champ d'application de chacun de ces régimes. Pour l'ordre juridique, la notion de bien coïncide avec l'utilité qui résulte de la chose sur laquelle porte le droit subjectif. Ainsi, lorsque l'on dit du propriétaire qu'il exerce la maîtrise complète sur une chose corporelle, c'est en réalité l'utilité que renferme cette chose qui fait l'objet de la prérogative du titulaire³². Dans le domaine des biens immatériels le problème se pose dans les mêmes termes : si, par l'apport d'une valeur nouvelle, l'auteur, l'inventeur enrichissent la collectivité, cela signifie que cette valeur est productrice d'une certaine utilité, que celle-ci se situe sur un plan matériel ou intellectuel. Considérant qu'en contrepartie de cet apport, le droit entend garantir au créateur d'une valeur nouvelle une exclusivité limitée dans le temps sur les fruits de sa création, il faudra que les prérogatives ainsi accordées portent directement sur l'utilité qui découle de la chose créée. En d'autres termes, entre la valeur nouvelle et le monopole concédé doit s'établir une certaine corrélation. Sinon le droit manquerait complètement son but : quel serait, en effet, l'intérêt de la prérogative accordée à l'inventeur si elle se bornait à lui assurer le droit exclusif de communiquer son invention au monde extérieur ? La nature de la prérogative permet donc, dans une certaine mesure, d'individualiser le bien protégé par le régime du droit d'auteur ou par celui des brevets d'invention³³. Si, au titulaire du brevet, est réservée la faculté exclusive d'utiliser l'invention professionnellement, cela veut dire que celle-ci n'engendre d'utilité que lorsqu'elle est effectivement appliquée dans la réalité, c'est-à-dire lorsque son exploitation se traduit par l'obtention de résultats matériels. En revanche, lorsque le droit attribue à l'auteur le monopole de reproduction et de représentation de l'œuvre, cela implique que l'utilité qui en découle s'épuise dans la seule connaissance de l'œuvre³⁴. Dans un cas, l'utilité qui

³¹ Voir notamment : pour la Suisse art. 8 L.B. et art. 12 LDA.

³² Sur la concordance entre la notion de bien protégé par l'ordre juridique et celle d'utilité résultant d'une entité matérielle ou immatérielle, voir G. Guglielmetti : *Il Marchio, oggetto e contenuto* : Studi di diritto industriale. Milan 1955, p. 88 et suiv.

³³ Ascarelli, *op. cit.*, p. 703.

³⁴ Sur les rapports entre la nature des prérogatives et l'essence du bien protégé, voir Ascarelli, *op. cit.*, p. 703 et suiv. et Are, *op. cit.*, p. 32 et suiv.

définit la valeur nouvelle créée se manifeste par le résultat matériel qui résulte de l'application de l'invention, dans l'autre par la jouissance intellectuelle que procure la connaissance de l'œuvre. Sur un plan philosophique, la distinction est fondamentale.

§ 4. LES DIFFÉRENTES FORMES DE L'ESPRIT HUMAIN.

A) *La forme théorique et la forme pratique.*

23. Aux objectifs fondamentalement différents poursuivis par le droit d'auteur et le droit des brevets d'invention, paraissent correspondre les deux formes de l'esprit humain, la forme théorique et la forme pratique. Avec la forme théorique enseigne B. Croce, l'homme comprend l'univers ; avec la forme pratique, il le transforme³⁵. Au régime du droit d'auteur seraient ainsi réservées les productions qui mettent en œuvre les formes théoriques de l'esprit alors que le droit des brevets d'invention se verrait attribuer celles qui font intervenir une activité pratique. Cependant cette distinction fondamentale, si elle pose les problèmes dans leur véritable contexte, appelle néanmoins certaines précisions. La forme théorique est en effet à la base de toute activité pratique car l'action est impensable sans la connaissance³⁶. Si donc la pensée spéculative précède toujours la phase de l'action, le domaine couvert par le droit des brevets d'invention ne peut relever de la seule activité pratique. La prestation de l'inventeur se situe ainsi sur deux plans — cognitif et pratique³⁷ — alors que celle de l'auteur reste au niveau de la connaissance théorique. Dans l'un et l'autre de ces régimes le moment cognitif est donc toujours présent, encore qu'il faille qualifier cet élément si l'on veut se pénétrer des caractères essentiels qui distinguent les productions techniques des créations esthétiques.

B) *Connaissance intuitive et connaissance logique.*

24. La philosophie distingue la connaissance intuitive de la connaissance logique. Celle-ci est productrice de concepts, c'est-à-dire d'idées générales et abstraites — Begriff — qui représentent la somme de connaissances que l'on possède sur une classe de choses ou d'êtres³⁸. Celle-

³⁵ B. Croce : *Esthétique comme science de l'expression et linguistique générale*. Trad. H. Bigot. Paris 1904, p. 47 et suiv.

³⁶ B. Croce, *op. cit.*, p. 47 et suiv.

³⁷ Ces deux moments déterminent les parties composantes du phénomène de l'invention technique. Voir *infra* n° 37 et suiv.

³⁸ G. Viaud : *L'intelligence*. Paris 1965, p. 70.

là est productrice d'images, d'expressions résultant d'une foule d'impressions que l'univers transmet à l'homme³⁹. La pensée conceptuelle ou intelligence ne se fixe pas sur l'essence des choses mais sur les rapports qui existent entre elles. Bergson a souligné le caractère intéressé de l'intelligence : « Coller sur un objet l'étiquette d'un concept, c'est marquer en termes précis le genre d'action ou d'attitude que l'objet devra nous suggérer ; il ne s'agit pas de connaître pour connaître, mais de connaître pour un parti à prendre, pour un profit à retirer, enfin pour un intérêt à satisfaire »⁴⁰. Cette forme de la connaissance est donc toujours orientée vers une certaine direction ; elle tend à déterminer des relations de cause à effet entre des choses qu'elle exprime, au niveau du langage, par des concepts ou idées générales. La science, manifestation supérieure de l'intelligence conceptuelle, cherche ainsi à établir des rapports de causalité entre des phénomènes naturels.

La connaissance intuitive est productrice d'images issues de sensations ou d'impressions qui proviennent de la réalité extérieure à l'homme. Dans l'image nous dit J.P. Sartre « la conscience se donne l'objet immédiatement par rapport à elle-même alors que dans les concepts, la conscience ne cherche que les rapports possibles de l'objet avec d'autres objets »⁴¹. Toute intuition est donc une représentation, une élaboration d'impressions. L'esthétique, selon B. Croce, forme la science du fait expressif ou intuitif ; elle fait le pendant de la logique⁴². Le fait expressif est individuel car il dépend de la vision particulière que chaque sujet possède du monde extérieur. Le fait logique est universel car il obéit aux mécanismes de l'intelligence qui sont communs à toute l'humanité⁴³. L'Art et la Science représentent ainsi les sommets de la connaissance intuitive et de la connaissance intellectuelle. Dans quelle mesure cette dernière participe à la nature de l'invention, c'est ce que nous verrons lorsque ce phénomène sera étudié dans sa phase spéculative et dans sa phase active.

³⁹ M. Philippot : Le monde comme représentation sans volonté. *Revue d'esthétique* 1964, p. 270 et suiv.

⁴⁰ H. Bergson : *La pensée et le mouvant*. Paris 1969, p. 198 et suiv.

⁴¹ J.P. Sartre : *L'imaginaire*, cité par J. Bernis : *L'imagination*. Paris 1966, p. 29 et suiv.

⁴² B. Croce, *op. cit.*, p. 18.

⁴³ H. Bergson : *L'évolution créatrice*. Paris 1969, p. 164 et suiv. Voir aussi H. Hubmann : *Das Recht des schöpferischen Geistes*. Berlin 1954, p. 23.

DEUXIÈME SECTION :

LE CARACTÈRE REPRÉSENTATIF DE L'ŒUVRE INVESTIE
D'UN DROIT D'AUTEUR

25. La notion d'esthétique associée à l'idée du Beau ou à celle de la gratuité de l'œuvre est incapable de définir l'élément commun qui caractérise les productions soumises au droit d'auteur. Mais si l'on envisage l'esthétique dans le contexte des données philosophiques qui viennent d'être exposées, c'est-à-dire comme connaissance intuitive productrice d'images ou d'expressions, elle paraît alors constituer un concept juridiquement relevant. Dans cette acception, le terme « esthétique » renverrait à l'idée d'une expression, d'une représentation qui marquerait ainsi le genre des manifestations de l'activité intellectuelle relevant du régime du droit d'auteur. Le sentiment que cette expression suscite chez le spectateur ou l'auditeur, la fin pratique qu'elle poursuit ne jouerait plus aucun rôle. Il n'y aurait ainsi d'œuvre au sens du droit d'auteur que si l'apport nouveau se caractérise dans une valeur intellectuelle possédant un caractère expressif ou représentatif. Cette condition permettrait de réunir dans une catégorie homogène des productions d'apparence extérieure aussi diverses, tels que des toiles de maître ou des cartons publicitaires, des œuvres romanesques ou des livres de cuisine.

§ 1. LA THÉORIE DE LA « WELTSCHÖPFUNGSIDEE » DE JOSEPH KOHLER.

26. Avec sa théorie de la « Weltschöpfungsidee », Joseph Kohler a mis l'accent sur le moment expressif de l'œuvre investie d'un droit d'auteur. Pour Kohler, l'œuvre se caractérise comme la représentation d'une idée qui peut provenir soit du monde réel, soit du monde imaginaire de l'artiste. Parce qu'elle est une représentation, l'œuvre ne doit jamais coïncider avec l'idée, avec l'objet représenté : une chambre garnie de meubles servant de décors de théâtre n'est pas une œuvre esthétique car elle constitue une réalité, c'est-à-dire une portion du monde extérieur et non une expression de cette réalité⁴⁴. Par contre, la nature du support matériel de l'expression n'a aucune importance ; le fait que la représentation soit réalisée sur un objet industriel, par exemple un interrupteur électrique, plutôt que sur une toile ne lui fait pas perdre son caractère d'œuvre investie d'un droit d'auteur⁴⁵. Kohler porte très

⁴⁴ J. Kohler : *Kunstwerkrecht*. Stuttgart 1908, p. 27 et suiv.

⁴⁵ Kohler, *op. cit.*, p. 47.

loin les conséquences qui découlent de sa théorie puisqu'il exclut du champ d'application de ce régime les arabesques, les ornements, les figures géométriques, en bref, tout ce qui fait partie du genre décoratif. Même si ces formes, ces combinaisons de lignes et de couleurs sont susceptibles de stimuler le sens esthétique du spectateur, elles n'expriment pas une « *Weltschöpfungsidee* » car elles n'ont aucun rapport avec la réalité. L'œuvre d'art pour Kohler, doit, à l'image d'un miroir, refléter la réalité ou du moins quelque chose qui s'en rapproche, par exemple une chimère ⁴⁶. Si la thèse de Kohler a pour effet d'exclure du domaine du droit d'auteur l'art abstrait, il faudrait toutefois se garder de considérer l'illustre juriste allemand comme un partisan du naturalisme le plus étroit ; il ne s'agit pas de copier servilement la nature mais de représenter d'une façon idéale l'objet, c'est-à-dire dans un portrait d'exprimer les états d'âme du modèle, dans une scène de la nature, la tranquillité et la douceur d'un paysage ⁴⁷.

§ 2. LE CARACTÈRE REPRÉSENTATIF DE L'ŒUVRE DANS LA DOCTRINE MODERNE.

27. La théorie de la « *Weltschöpfungsidee* » a eu le mérite d'isoler l'œuvre dans son moment expressif. Elle ne saurait toutefois servir de dénominateur commun à toutes les créations soumises au régime du droit d'auteur. Elle paraît en effet difficilement conciliable avec certains genres de réalisation artistique, telles par exemple les œuvres musicales. D'autre part, là où cette théorie trouve son application naturelle, le domaine des Beaux-Arts, elle aboutit à l'exclusion de l'art non figuratif du domaine du droit d'auteur. Mais on peut concevoir le caractère représentatif de l'œuvre sans les restrictions imposées par Kohler. C'est du reste là une des principales contributions de la littérature italienne : ainsi Piola-Caselli enseigne que toutes les œuvres investies d'un droit d'auteur ont certes pour fonction de représenter un certain objet en vue de sa communication au monde extérieur ; toutefois l'objet de la représentation peut aussi bien porter sur des faits réels, que sur des sensations ou des sentiments. Il n'est pas nécessaire que la représentation soit artistique au sens commun du terme, qu'elle se serve de moyens

⁴⁶ J. Kohler : *Kunstwerk und Geschmacksmuster* ; Separatabdruck aus dem *Archiv für die civilistische Praxis*, Fribourg-Leipzig.

⁴⁷ J. Kohler : *Das literarische und artistische Kunstwerk und sein Autorenschutz*, p. 42 et suiv. La « *Bildwerktheorie* » de Schanze procède des mêmes conceptions que celles de Kohler. Pour Schanze l'œuvre est une image — « *Bild* » — qui représente quelque chose de réel ou d'imaginaire. Le contraire de l'image selon Schanze, c'est l'ornement ou l'arabesque qui n'exprime pas un objet appartenant au monde extérieur que l'on puisse identifier. Tout comme Kohler, Schanze exclut du domaine du droit d'auteur l'art abstrait. Schanze : *Die Bildwerktheorie*. GRUR 1929, p. 169 et suiv.

d'expression appartenant à l'art — peinture, sculpture —. Lorsqu'une création témoigne de cette capacité représentative, elle peut sans autre revendiquer l'application du régime du droit d'auteur, quelles que soient par ailleurs la nature et la valeur du contenu exprimé. Ce principe permet ainsi de soumettre à la loi sur le droit d'auteur des réalisations dénuées de tout caractère artistique comme par exemple : des livres de cuisine, des plans de villes, des catalogues publicitaires, etc..., ces productions intellectuelles exprimant toujours un certain contenu, si banal soit-il⁴⁸. La doctrine germano-suisse, dans sa grande majorité, a de la même manière ramené le concept de l'œuvre à celle d'expression — Ausdruck — ou de représentation — Vorstellung —. Toute expression d'une impression⁴⁹, toute représentation d'un événement ou d'une connaissance⁵⁰ seraient ainsi soumises au droit d'auteur. De la même manière que Joseph Kohler, la doctrine moderne met ainsi en valeur le caractère représentatif de l'œuvre. Elle s'éloigne toutefois de la théorie de la Weltschöpfungsidee en ce qu'elle élargit considérablement la notion de l'objet représenté. Si toute expression suppose par définition l'existence d'un objet représenté, point n'est besoin cependant que celui-ci soit déterminé a priori : il l'est certes dans la plupart des cas ; l'art figuratif implique nécessairement la représentation d'une chose qui soit identifiable, par exemple un certain paysage, les traits d'un individu. Dans l'œuvre scientifique l'objet représenté est constitué par une loi physique ou chimique que le traité a pour but d'exposer. On peut songer néanmoins à des hypothèses où l'objet serait indéterminé : ainsi dans l'art abstrait⁵¹ et la musique l'objet est composé de sensations, d'impressions ou d'états d'âme qui ne peuvent être identifiés mais qui n'en constituent pas moins le fondement duquel va jaillir l'expression⁵².

⁴⁸ E. Piola-Caselli : Trattato del diritto d'autore. Naples-Turin-Milan 1927, p. 77 et suiv. Voir aussi P. Greco : I diritti sui beni immateriali. Turin 1948, p. 16 et suiv. Ascarelli, *op. cit.*, p. 698. Are, *op. cit.*, p. 33.

⁴⁹ Schramm : Die Schöpferische Leistung, p. 58 et suiv. Voir aussi H. Hunnmann : Urheber- und Verlagsrecht, p. 38 et suiv. Fromm-Nordemann : Urheberrecht. Stuttgart-Berlin 1966 ad § 2 Anm. 7 et 8, p. 59.

⁵⁰ Troller : Immaterialgüterrecht, vol. I, p. 60. Voir aussi E. Del Bianco : Le droit d'auteur et ses limites. Lausanne 1951, p. 22 et suiv.

⁵¹ Pour l'esthéticien Berthélemy la peinture abstraite n'est pas dénuée d'expressions : le tableau abstrait n'est pas un simple morceau de peinture : « le monde intérieur que l'artiste signifiait naguère par la représentation d'objets du monde extérieur est désormais exprimée par le seul pouvoir des couleurs et des formes ; dans l'imagination du peintre se compénètrent et s'identifient les émotions devant la nature, les élans intimes de l'âme et les trouvailles de pures harmonies. » Berthélemy, *op. cit.*, p. 196.

⁵² Are, *op. cit.*, p. 94. Le caractère représentatif des œuvres de l'architecture est plus difficilement acceptable. Alexander-Kast voit dans l'architecture l'art de créer des formes pures, dénuées d'expressions. P. Alexander-Kast : Der Kunstwerkschutz der Architekten, GRUR 1903, p. 130. Pour Riezler et Osterrieth l'architecte exprimerait une « Raumformidee », terme intraduisible tel quel, mais qui pourrait signifier l'idée d'une répartition des volumes et des masses. E. Riezler : Deutsches Urheber- und Erfinderrecht. Berlin 1909, p. 410. A. Osterrieth :

§ 3. CONCORDANCE ENTRE LA NATURE DE L'EXCLUSIVITÉ ET CELLE DU BIEN PROTÉGÉ PAR LE RÉGIME DU DROIT D'AUTEUR : L'ARRÊT DE LA COUR SUPRÊME DES ETATS-UNIS, BAKER V. SELDON.

28. L'œuvre protégée par un droit d'auteur se confond ainsi avec le concept de l'expression ou de la représentation d'un objet entendu dans son sens le plus large. Naturellement cette conclusion ne signifie pas que toute expression est sans autre investie d'un droit d'auteur ; encore faut-il que cette expression soit dotée d'une qualité, l'originalité dont il sera question au prochain chapitre⁵³. Le critère du caractère représentatif de l'œuvre permet ainsi de distinguer les productions soumises au droit d'auteur des autres manifestations de l'activité intellectuelle. Ce critère semble satisfaisant à plus d'un titre : d'une part il est en parfait accord avec la philosophie qui nécessairement doit servir de toile de fond à l'édification d'une théorie générale de la propriété intellectuelle ; d'autre part, il présente l'avantage de n'offrir aucune prise aux appréciations subjectives que comportent d'ordinaire les notions de beauté et de finalité. Enfin il se révèle être en harmonie avec le droit positif qui, en contrepartie de l'apport d'une expression nouvelle, réserve à l'auteur le droit exclusif de reproduire et de représenter l'œuvre. La corrélation entre la nature de l'exclusivité et celle du bien protégé paraît donc établie. Tel ne serait pas le cas si la prérogative allait plus

Die Werke der Architektur als Gegenstand des Urheberrechtes. GRUR 1903, p. 170 et suiv. La difficulté d'attribuer à l'œuvre architecturale un caractère représentatif devient insurmontable si l'on invoque les thèses de la « Welterschöpfungsidee » et de la « Bildwerktheorie ». Pourtant Kohler fait figurer les œuvres d'architecture au nombre des productions de l'esthétique en raison de leur caractère monumental. Même si ces œuvres n'expriment aucun objet de la réalité, elles représentent toutefois l'idée de la formation de la terre et dès lors sont l'expression d'une « Welterschöpfungsidee ». Kohler : *Kunstwerkrecht*, p. 35 et suiv. Pour Schanze, les œuvres de l'architecture ne sont pas des œuvres d'art, mais la loi les assimile à ces dernières dans la mesure où elles poursuivent un but esthétique. Schanze : *Die Bildwerktheorie*, cité sous note 47.

Dans la doctrine moderne, les auteurs n'ont guère insisté sur le caractère représentatif des œuvres de l'architecture. M. Troller semble soutenir qu'à la différence des œuvres des beaux-arts et de la littérature, les œuvres de l'architecture sont dépourvues de tout contenu. Troller, *op. cit.*, p. 492 et suiv. M. Are voit dans l'utilité de l'œuvre l'objet de son expression. Are, *op. cit.*, p. 463. Les œuvres de l'architecture paraissent difficilement obéir au critère du caractère représentatif, commun à toutes les prestations relevant du domaine du droit d'auteur. M. Hennsler les apparente aux créations de forme d'objets industriels ; pour cette raison cet auteur n'a pas hésité à proposer un régime spécifique à ces deux types de production, détaché du droit d'auteur. E. Hennsler : *Urheber-schutz in der angewandten Kunst und Architektur nach deutschem, schweizerischem, französischem, englischem und amerikanischem Recht*. Stuttgart-Cologne 1950, p. 155 et suiv.

⁵³ Voir *infra*.

loin et attribuait à l'auteur le monopole d'exploitation de l'objet représenté ou de la connaissance dont l'œuvre serait l'expression. On peut ainsi dire avec M. Troller⁵⁴ que les créations esthétiques possèdent un caractère essentiellement statique.

Le caractère statique de l'œuvre donnant prise à un droit d'auteur a été mis en évidence par la Cour Suprême des Etats-Unis dans l'arrêt *Baker v. Seldon*⁵⁵. Même si cette doctrine n'est plus aujourd'hui appliquée par les tribunaux américains⁵⁶, elle n'en constitue pas moins une tentative intéressante de résoudre les questions posées par la violation d'un droit d'auteur, non pas en délimitant les contours du bien protégé mais en analysant la prérogative qui lui est rattachée.

Les problèmes relatifs à la violation des droits immatériels donnent lieu, en effet, à deux grands ordres de questions : il s'agit d'une part de définir le contenu du droit, c'est-à-dire de délimiter le domaine réservé au titulaire à l'intérieur duquel les tiers devront s'abstenir de toute activité. D'autre part, il faut encore énoncer quels sont les types d'activité interdites aux tiers dans la zone ainsi définie⁵⁷. Tous les droits de propriété intellectuelle possèdent ainsi une zone de défense, une aire de protection qui, en raison de l'essence immatérielle du bien protégé, ne peut être définie a priori mais doit être établie à l'occasion de chaque atteinte au droit⁵⁸. En revanche, les prérogatives rattachées au droit résultent clairement de la loi⁵⁹. Les problèmes ne doivent, par conséquent, pas être confondus : ainsi la question de savoir si l'emploi d'un équivalent rentre dans la zone d'exclusivité du brevet revient à délimiter l'aire de protection conférée par le brevet⁶⁰. Juger en revanche que la vente d'un produit issu directement d'un procédé breveté est interdite aux tiers relève du domaine de l'analyse des prérogatives, attribuées au titulaire⁶¹. De la même manière, dire que le droit d'auteur protège la forme et non l'idée, c'est encore délimiter les contours du bien protégé, c'est-à-dire délimiter l'aire de protection conférée par le droit ; par contre, établir que le monopole de l'auteur ne s'étend pas à l'utilisation de l'œuvre, ou plus exactement à l'exploitation de l'idée exprimée dans l'œuvre, c'est envisager la violation sous l'angle de l'analyse des prérogatives.

⁵⁴ Troller : *Immaterialgüterrecht*, vol. I, p. 65.

⁵⁵ 101. US. 99 (1879).

⁵⁶ Nimmer : *On Copyright*. Albany-San Francisco-New-York 1966, p. 156.

⁵⁷ La doctrine allemande distingue ainsi le contenu du droit — *Inhalt und Umfang des Rechts* — des prérogatives rattachées à ce droit. — *Nutzungsrechte*. Schramm : *Grundlagenforschung*, p. 242 et suiv. En Italie, la doctrine oppose « l'estensione della privativa » — contenu du droit — à « l'intensità della privativa » — prérogatives. Voir M. Franzosi : *L'invenzione*. Milan 1965, p. 212 et suiv.

⁵⁸ Schramm : *Grundlagenforschung*, p. 155 et suiv.

⁵⁹ Voir n° 22 *supra*.

⁶⁰ Sur la théorie des équivalents, voir n° 88 et suiv. *infra*.

⁶¹ Voir notamment article 8 al. 3 de la loi suisse sur les brevets d'invention.

C'est cette seconde méthode que la Cour Suprême des Etats-Unis a suivie dans l'arrêt *Baker v. Seldon*. Dans cette affaire, le demandeur était titulaire d'un droit d'auteur — copyright — sur un manuel de comptabilité. En plus de la partie purement didactique, le livre contenait à titre d'exemple des formules de comptabilité. En déboutant le demandeur, la Cour Suprême déclarait :

Le droit d'auteur de Seldon sur son livre ne lui confère pas le droit exclusif d'utiliser les livres comptables... La véritable fin que poursuit la publication d'un livre de science ou d'art utile est de communiquer au monde la connaissance qu'il contient. Mais cette fin serait détournée si la connaissance ne peut être utilisée sans encourir les sanctions résultant du plagiat⁶².

La Cour Suprême distinguait ainsi le « copying for purposes of use » du « copying for purposes of explanation »⁶³. La précision est importante car elle situe l'œuvre investie d'un droit d'auteur sur un plan intellectuel. La fonction de l'œuvre étant d'exprimer une connaissance en vue de sa communication au monde extérieur, son utilité va se manifester dans la jouissance intellectuelle qu'elle procure aux tiers qui auront lu le livre ou contemplé le tableau⁶⁴. L'enrichissement de la collectivité demeurant sur un plan purement spirituel, la prérogative accordée à l'auteur en contrepartie de cet apport nouveau ne pourra jamais porter sur l'utilisation, c'est-à-dire sur l'exploitation matérielle de la connaissance ainsi représentée⁶⁵. Avec cette utilisation, nous entrons dans le domaine de la règle, de la méthode, qui suppose tou-

⁶² La doctrine de *Baker v. Seldon* fut appliquée dans une série d'arrêts notamment : Cour d'Appel 10^e Circuit. 39 USPQ, p. 92 à propos des clauses d'un contrat d'assurance. — Cour du Texas 59 USPQ, p. 210 à propos d'un manuel de droit fiscal. — Cour d'Appel 7^e Circuit. 60 USPQ, p. 359 à propos d'un plan de réorganisation de compagnies d'assurances.

A propos d'un diagramme pour enregistrer les températures extérieures, la Cour d'Appel du 7^e Circuit déclarait : This brings us to a consideration of whether Plaintiff's copyrighted chart is an *object of explanation* or an *object of use*. If it is the former, it is an object entitled to copyright protection. If it is the latter it is not entitled to such protection but the same must be obtained if at all by latter's patent. » Voir 59 USPQ, p. 384.

⁶³ Avec l'arrêt *Mazer v. Stein* 347 US 201, la Cour Suprême semble avoir abandonné la distinction opérée entre le « copying for purposes of use » et le « copying for purposes of explanation » replaçant ainsi le problème dans le cadre de la liberté des idées. *Nimmer, op. cit.*, p. 152 et suiv. Voir aussi A.M. Abrams : Copyrightability of non copyrightable forms. 51 JPOS (1969), p. 106 et suiv.

⁶⁴ Hubmann : Urheber- und Verlagsrecht, p. 35 et 38. *Are, op. cit.*, p. 31. *Ball, op. cit.*, p. 100.

⁶⁵ Voir dans ce sens *Ball, op. cit.*, p. 49. Cet argument fut avancé par le Conseil fédéral lorsqu'il refusa aux auteurs de dessins techniques un droit d'exécution sur leur projet. Voir Message du Conseil fédéral du 9 juillet 1918. F.F. 1918 III, p. 612 et suiv.

jours l'intervention de l'activité pratique et qui, de ce fait, doit rester à l'écart de l'emprise du droit d'auteur⁶⁶.

TROISIÈME SECTION :

LES CARACTÉRISTIQUES DU BIEN PROTÉGÉ PAR LE RÉGIME DES BREVETS D'INVENTION ; LA RÈGLE D'APPLICATION PRATIQUE ET SON CARACTÈRE TECHNIQUE

29. Le domaine couvert par le droit des brevets d'invention relève à la fois de la forme théorique et de la forme pratique de l'esprit humain. C'est ce qui rend difficile une définition du bien protégé par ce régime. Certains auteurs ont même soutenu que toute tentative de caractériser juridiquement ce phénomène intellectuel qu'est l'invention serait vaine, car la notion ainsi dégagée serait forcément incomplète⁶⁷. Devant les problèmes que pose l'application des normes juridiques relatives à la protection des inventions techniques, il paraît toutefois difficile de se passer d'une définition et de se fier à sa seule intuition ; comment pourra-t-on, en effet, distinguer les inventions brevetables des découvertes scientifiques ou des méthodes qui s'adressent à l'intelligence — *Anweisung an dem menschlichen Geist* — si on ne connaît pas les propriétés fondamentales du genre auquel appartiennent ces manifestations de l'activité intellectuelle. Les auteurs qui se sont efforcés d'établir les caractères spécifiques de l'invention brevetable la définissent comme une règle — *Lehre* —, une méthode — *Anweisung* — concernant l'utilisation des forces de la nature en vue de produire un effet technique⁶⁸. Il ressort de cette définition plusieurs éléments : l'invention

⁶⁶ M. Kummer fait observer que dans l'art moderne l'originalité se manifeste plutôt dans la recette qui a présidé à la conception de l'œuvre que dans l'œuvre elle-même : peinture tachiste, sculpture réalisée au moyen d'une hélice posée sur un socle. Même si la recette est ainsi placée au premier plan, l'artiste qui l'a inventée ne peut en interdire l'usage car « das Urheberrecht ist aber Werk nicht Verfahrenschutz », Kummer, *op. cit.*, p. 52.

⁶⁷ Ed. Reimer : *Patentgesetz und Gebrauchsmustergesetz*. Cologne-Bonn-Munich 1968 ad § 1, p. 7. Anm. I. P.J. Pointet : La protection des inventions. Neuchâtel 1965, p. 17.

⁶⁸ Nous avons volontairement omis de mentionner dans cette ébauche de définition, la condition d'originalité de l'invention qui se traduit en général par l'exigence du progrès technique et par celle du niveau inventif. Il ne s'agit pas en effet d'une caractéristique qui définit le genre auquel appartient l'invention brevetable, mais d'une condition qui, à l'intérieur de ce genre, isole l'invention brevetable des autres nouveautés techniques non protégeables. Voir *supra* n° 17.

Toutefois nous reproduirons ci-après dans la traduction de M. de Mestral une série de définitions complètes de l'invention établies par la doctrine de

est avant tout action ; celle-ci est formulée au niveau du discours par une règle qui prescrit un certain comportement ayant pour objet l'utilisation des phénomènes naturels en vue de l'obtention d'un résultat déterminé⁶⁹. Cela signifie qu'il ne suffit plus d'exposer, de connaître, mais qu'il faut encore agir, c'est-à-dire modifier un état de chose existant. Ensuite, seules les actions qui s'exercent dans le monde de la technique sont visées par le régime des brevets d'invention. Demeurent exclues du champ d'application de la loi les règles qui concernent des phénomènes atecniques, telles les inventions commerciales, financières ou sociologiques, bref tout ce que la doctrine et la jurisprudence qualifient de méthodes s'adressant à l'intelligence. Enfin et si l'invention, par ses résultats, se manifeste sur le plan pratique, elle reste néanmoins liée au domaine de la connaissance car l'action est toujours précédée de la réflexion. Ces trois points devront être approfondis si l'on veut cerner le domaine de l'activité intellectuelle qui dépend du régime des brevets d'invention.

§ 1. LE CARACTÈRE DYNAMIQUE DE L'INVENTION.

A) *Invention et technique.*

30. La technique a été définie comme une emprise de l'homme sur la nature⁷⁰. L'homme ne peut en effet subsister dans son milieu ambiant

langue allemande. Voir L. de Mestral. L'obtention et le maintien du brevet, conditions de fond, exclusions et causes de nullité. Aubonne 1969, p. 19 et suiv. Troller : Immaterialgüterrecht, vol. I, p. 165 : « L'invention est une règle d'utilisation des forces de la nature, créée par une ou plusieurs personnes, capable de réaliser au moment du dépôt de la demande de brevet un progrès technique clairement reconnaissable et qui, à cette époque, n'était pas à la portée de l'homme du métier. » — R. Blum et M. Pedrazzini : Das schweizerische Patentrecht, vol. I, ad art. 1 Anm. 6, p. 73 : « L'invention est une idée réalisant un progrès et concrétisée dans un résultat. » — R. Busse : Patentgesetz und Gebrauchsmustergesetz. Berlin 1964, p. 91 : « L'invention est une utilisation reproductible des forces de la nature, créatrice, faisant preuve d'un progrès essentiel dans le but de satisfaire un besoin social. » — G. Benkard : Patentgesetz Gebrauchsmustergesetz, Patentanwaltsgesetz. 4^e éd. Munich-Berlin 1964, p. 77 : « Une invention est une indication concernant l'utilisation des forces et substances de la nature, avec effet d'obtenir à volonté et de manière reproductible un résultat immédiatement utilisable, n'appartenant pas à l'état antérieur de la technique et qu'on ne pouvait attendre des capacités de l'homme de métier moyen. »

⁶⁹ Pour les tiers l'invention se présente comme une proposition technique : « Fais ceci et tu obtiendras cela », voir E. Matter : Aktuelle Fragen aus dem Gebiet des Patent- und des Patentprozessrechtes. ZSR (NF) 1944, vol. 63, p. 1a, 57a. Voir aussi P. Siedler : Der Schutz von Computer-programmen im Urheber- und Wettbewerbsrecht. Bâle 1968, p. 41 et suiv.

⁷⁰ Voir notamment H. Hubmann : Gewerblicher Rechtsschutz. München 1969, p. 73. « Technik ist Naturbeherrschung. »

que s'il le transforme. Physiologiquement, l'homme est incapable de résister aux éléments naturels ; il est un être faible, démuné : il lui faut des vêtements pour protéger son corps contre les intempéries, un toit pour s'abriter. Mais à la différence de l'animal, l'homme est un être fabricant⁷¹. Tous les problèmes que pose sa survie dans une nature hostile, il va les résoudre en utilisant le milieu ambiant. Dans la matière, il taillera les outils qui lui permettront de se défendre, de s'alimenter, bref d'accomplir tous les actes indispensables pour se maintenir en vie ; en frottant deux silex, il fera jaillir l'étincelle qui lui donnera le feu.

La nature est ainsi mise au service de l'homme. Cette activité fabricante qui distingue l'espèce humaine de l'espèce animale, n'a été possible que parce que l'homme a pu se rendre compte que chaque phénomène naturel est lié à un autre phénomène naturel, que tout a une cause, que rien ne vient de rien⁷². Son instinct, l'expérience puis la pensée rationnelle ont permis à l'homme de se rendre maître des rapports de causalité qui régissent l'univers. Cette connaissance, l'homme l'a appliquée tout d'abord à la satisfaction de ses besoins les plus élémentaires, puis à l'amélioration de ses conditions de vie. L'homme a ainsi développé des techniques toujours plus perfectionnées. Mais à quel niveau qu'elle se situe, la technique, cette réforme par l'homme de la nature⁷³, sanctionne toujours le passage d'un état initial, naturel, à un état final, artificiel. La technique est donc une notion essentiellement dynamique qui caractérise la transformation par l'homme de son milieu ambiant⁷⁴.

Lorsqu'il cherche à définir une notion de l'invention qui soit utilisable pour le droit, le juriste ne doit pas perdre de vue cette conception dynamique de la technique⁷⁵. La recherche constante d'une amélioration de la condition humaine pose des problèmes que seule la technique est apte à résoudre. L'invention est alors la règle qui, sur le plan technique, formule la solution qui doit être apportée à ces problèmes, c'est-à-dire qui indique comment les forces de la nature doivent être utilisées pour produire un effet susceptible de satisfaire un besoin de la collectivité⁷⁶.

⁷¹ Bergson : *L'évolution créatrice*, p. 156. Voir aussi P. Ducasse : *Histoire des techniques*. Paris 1964, p. 6 et suiv.

⁷² G. Viaud : *L'intelligence*, p. 93 et suiv.

⁷³ Ortega y Gasset : *Gedanken über die Technik*, cité par Blum et Pedrazzini, *op. cit.*, vol. III Ad Art. 51 Anm. 3, p. 107.

⁷⁴ Sur la conception dynamique de la technique en général, voir Blum et Pedrazzini, *op. cit.*, sous note 73.

⁷⁵ C'est grâce à la contribution de Muller-Liebenau que l'invention a été placée dans un contexte dynamique. Voir Müller-Liebenau : *Das Wesen der Erfindung*. Berlin 1927. Voir aussi W. Braune : *Die Einteilung der Patente in Kategorien*. Mitteilungen 1933, p. 209, 211 qui rend accessible cette théorie dont la compréhension nécessite de solides connaissances philosophiques.

⁷⁶ En plus des définitions reproduites à la note 129, il faut mentionner celle de G. Lindenmaier, dans « Zum Begriff der technischen Erfindung ». GRUR

Ainsi, dans l'invention de la télégraphie sans fil, l'inventeur a résolu le problème de la transmission d'un message à longue distance en faisant agir une force de la nature, l'électricité⁷⁷. L'inventeur s'est ainsi rendu maître des phénomènes naturels ; il les a « domestiqué » dans une perspective sociale. Mais ces forces ne se trouvent pas telles quelles dans la nature : elles existent à l'état latent dans des corps physiques ou chimiques qui sont pour l'inventeur autant de moyens lui permettant de réaliser la solution inventive, de produire l'effet attendu⁷⁸.

Il ne faudrait toutefois pas assimiler ces corps, ces entités matérielles aux forces qu'ils renferment. Ce serait en effet adopter une vue complètement statique de l'invention et identifier cette dernière avec la chose qui l'extériorise dans la réalité ; ces corps n'intéressent l'invention qu'en vertu des forces qui y sont concentrées et qui, si certaines conditions sont remplies, vont pouvoir agir dans une direction déterminée⁷⁹. La force et l'orientation qu'elle subit par l'action humaine est donc au cœur du concept de l'invention. Dès lors et si la notion de force doit être comprise comme une cause capable de produire un effet, l'invention se présente sous son aspect dynamique, à la fois comme le déroulement de la cause et la réalisation de l'effet. L'invention met ainsi en valeur un processus causal particulier que l'inventeur a isolé de l'ensemble des rapports de causalité existant à l'état latent dans la nature⁸⁰. En d'autres termes, l'homme invente lorsqu'il fait agir des forces, c'est-à-dire lorsqu'il associe d'une façon nouvelle des moyens qui deviennent, en raison des forces qu'ils renferment, la cause de l'effet obtenu⁸¹. Considéré pour lui-même, soit en dehors du rapport de cause à effet, le moyen n'offre aucun intérêt. Il n'est important que lorsque,

1953, p. 12 et suiv. Certains auteurs ont également caractérisé l'invention comme la solution apportée à un problème technique. Voir notamment Reimer, *op. cit.* ad § 1. Anm. 9, p. 25. En réalité, que l'on parle de « règles d'utilisation des forces de la nature capables de produire un effet technique » ou de « solution apportée à un problème technique » la notion reste la même car l'effet n'est rien d'autre que le problème qui a trouvé sa solution. Voir J. Kohler : *Handbuch des deutschen Patentrechts*, p. 135 et suiv. ; dans le même sens Matter, *op. cit.*, p. 57 a.

⁷⁷ Sur l'invention de la télégraphie sans fil, voir Kohler : *Handbuch*, p. 142. Greco, *op. cit.*, p. 383.

⁷⁸ Dans ce sens Müller : *Schutz der Mittel im Patentrecht. Mitteilungen* 1935, p. 175. Voir aussi Krause-Kathlun-Lindenmaier : *Patentgesetz*. Cologne-Berlin 1958 ad § 1. Anm. 5, p. 39.

⁷⁹ Ainsi pour Troller, la notion de « Stoff » — matière — introduite par Lindenmaier dans sa définition de l'invention n'est relevante que parce que des forces y sont concentrées à l'état latent. Mais pour cet auteur ce qui est capital pour l'invention c'est la force et jamais le corps qui la renferme. Troller : *Immaterialgüterrecht*, vol. I, p. 62.

⁸⁰ Müller-Liebenau, *op. cit.*, p. 62. *Id.* : *Grundprobleme der Anspruchsfassung*. GRUR 1932, p. 230.

⁸¹ Braune, *op. cit.*, p. 212.

combiné avec un autre moyen, il permet à une force de se déployer⁸². Ainsi à l'origine le feu n'a pu être produit que parce que deux pierres de silex ont été frottées l'une contre l'autre ; les pierres de silex ne sont devenues des facteurs déterminants pour la conquête du feu qu'au moment où s'est établie entre ces dernières une relation fonctionnelle. Pour appréhender l'invention dynamiquement, il faut donc s'attacher à la fonction accomplie par les moyens, à leur manière d'opérer — Wirkungsweise — dans la combinaison inventive⁸³. L'invention n'est jamais quelque chose de fixe, d'immuable⁸⁴ ; elle ne se confond pas avec la structure corporelle des moyens ou du résultat qui l'objective dans la réalité⁸⁵. Elle est action et non état⁸⁶.

B) *Procédé et produit : aspect dynamique et statique de l'invention.*

31. En isolant l'invention des structures qui l'extériorisent dans la réalité, on affirme ainsi son caractère dynamique. Cette proposition que personne ne paraît plus devoir contester aujourd'hui⁸⁷ semble battue en brèche par la distinction opérée par le droit des brevets entre les inventions de produits et les inventions de procédés. Dans la plupart des pays, le droit positif a créé plusieurs catégories d'inventions⁸⁸ que la doctrine dans sa grande majorité ramène à deux types, à savoir les

⁸² Müller, *op. cit.*, p. 176. Voir aussi W. Fischer : Die Bedeutung der technischen Funktion. GRUR 1932, p. 97, 104.

⁸³ Voir notamment Kohler : Handbuch, p. 105. *Id.* : Lehrbuch des deutschen Patentrechts. Mannheim-Leipzig 1909, p. 153. Blum et Pedrazzini, *op. cit.*, vol. I : I ad art. 51 Anm. 5, p. 130. Van der Haeghen : Le droit intellectuel. Tome I : Brevets, p. 116 et suiv. C. Schramm : Patentverletzungsprozess, Patent und Prozessrecht. Cologne 1965, p. 115.

⁸⁴ Van der Haeghen : cité par J. Jenny : Brevets d'invention : l'idée créatrice et le tour de main. Lachen 1946, p. 141.

⁸⁵ Cette proposition n'est contestée par personne : voir notamment Troller : Immaterialgüterrecht, vol. I, p. 165. Blum et Pedrazzini, *op. cit.*, vol. I ad art. 1. Anm. 6, p. 73 et vol. III ad art. 52. Anm. 6, p. 245. Pilenko : Das Recht des Erfinders. Berlin 1907, p. 256 et suiv. Benkard, *op. cit.*, ad § 1. Anm. 1, p. 89. Kohler : Lehrbuch, p. 83. H. Tetzner : Kommentar zum Patentrecht und Gebrauchsmusterrecht. Nürnberg-Düsseldorf 1957 ad § 1. Anm. 20, p. 53. Ett. Luzzato : Teoria e tecnica dei brevetti d'invenzione. Milan 1960, p. 693 et suiv.

⁸⁶ Voir notamment, Pauli : Begriffe Erfindung und neue Erfindung. GRUR 1903, p. 291 : « Nur Handlungen können patentiert werden. »

⁸⁷ Voir notamment les auteurs cités sous note 143.

⁸⁸ Par exemple : Art. 52 loi suisse sur les brevets d'invention qui distingue les inventions de procédé, de produits, d'application d'un procédé et d'utilisation d'un produit.

Art. 12 du décret royal italien concernant les brevets d'invention du 29 juin 1939 qui distingue les méthodes et procédés de travail, les machines, instruments, ustensiles et dispositifs mécaniques, les produits, les résultats industriels.

Art. 2 de la loi française du 5 juillet 1844 qui distingue les produits nouveaux, les moyens nouveaux et les applications nouvelles de moyens connus.

brevets de produits et les brevets de procédés⁸⁹. Un procédé peut être défini comme une action ou une série d'actions accomplies sur un substrat dans le but d'en modifier l'état⁹⁰. Cette définition du procédé fait ainsi ressortir l'idée d'une transformation de la réalité matérielle par une succession d'actes qui s'exercent sur elle. Le procédé apparaît donc comme un phénomène essentiellement dynamique qui met en valeur le rapport de causalité qui caractérise l'invention⁹¹. Le terme « produit », au contraire, se rapporte à une notion statique. Un produit a été défini comme « un corps déterminé ayant une combinaison ou une structure particulière ou présentant certaines qualités qui le distinguent des autres corps »⁹². Dans le droit des brevets d'invention, la notion de produit n'est pas toujours interprétée de la même manière : en droit allemand, le brevet de produit ne s'applique qu'à des entités corporelles perceptibles par les sens et délimitables dans l'espace — im Raum darstellbar⁹³ — tandis que dans les systèmes suisses et français la notion de produit a été étendue à des substances incorporelles telles que gaz, énergie, onde⁹⁴. Dans cette dernière acception, le terme « produit » vise toute chose susceptible de faire l'objet d'une transaction commerciale⁹⁵. D'autre part, on distingue le produit selon qu'il constitue une valeur en soi ou qu'il se présente comme un instrument pour l'obtention d'un résultat ultérieur. On oppose ainsi les produits de consommation immédiate qui possèdent leur propre finalité, aux machines, ustensiles et autres dispositifs qui ne sont que des moyens pour atteindre un but qui leur est extrinsèque⁹⁶. Toutefois, ces diverses acceptions du terme « produit » laissent apparaître une caractéristique qui leur est com-

⁸⁹ Voir notamment Reimer, *op. cit.*, vol. I, Anm. 67, p. 93 et suiv. Voir aussi Franzosi, *op. cit.*, p. 251.

⁹⁰ Voir notamment la définition de la Cour Suprême des Etats-Unis dans l'arrêt *Cochrane v. Denner* 94 US 780 (1877), cité par Walker : On Patents, Deller's Edition, N.Y. 1937, vol. I, p. 39 : « It (the process) is an act or a series of acts performed upon the subject matter to be transformed and reduced to a different state of thing. » Voir aussi : Blum et Pedrazzini, *op. cit.*, vol. III ad art. 52. Anm. 5, p. 231 et suiv. Krause-Kathlun-Lindenmaier, *op. cit.* ad § 1. Anm. 39, p. 73. Benkard, *op. cit.* ad § 1. Anm. 42, p. 104. Reimer, *op. cit.* ad § 1. Anm. 68, p. 95. Van der Haeghen, *op. cit.*, p. 156. Franzosi, *op. cit.*, p. 247. Tetzner, *op. cit.* ad § 1. Anm. 18, p. 12.

⁹¹ Blum et Pedrazzini, Tome III ad art. 52, Anm. 5, p. 231.

⁹² P. Roubier : Le droit de la propriété industrielle. Vol. II. Paris 1954, p. 115.

⁹³ Reimer, *op. cit.* ad § 1. Anm. 81, p. 108.

⁹⁴ Blum et Pedrazzini, *op. cit.*, vol. III ad art. 52. Anm. 6, p. 248. Roubier, vol. II, p. 115. A. Casalonga : Du produit industriel nouveau. P.I. 1944, p. 64. Voir aussi Trib. Seine 16 janvier 1933 Ann. 1933, p. 201, relatif à la brevetabilité du tungstène. Trib. Seine 28 mars 1928 Ann. 1929, p. 2, relatif à la brevetabilité d'un produit constitué par une masse nuageuse obtenu par un jet de flamme émis d'un aéronef. Lyon 12 avril 1957 relatif à la brevetabilité d'une mousse de savon, cité par A. Casalonga : Supplément au traité des brevets d'invention. Paris 1957, p. 20 et suiv.

⁹⁵ Blum et Pedrazzini, *op. cit.*, vol. III ad art. 52. Anm. 5, p. 231.

⁹⁶ Blum et Pedrazzini, *op. cit.*, vol. III ad art. 52. Anm. 6, p. 253. Reimer, *op. cit.* ad § 1 Anm. 81, p. 108. Benkard, *op. cit.* ad § 1. Anm. 49, p. 109. Busse,

mune : le produit est toujours le résultat d'une activité fabricante ; c'est donc un état, une entité statique⁹⁷.

Faut-il déduire de la distinction opérée par la loi entre les produits et les procédés que le concept juridique de l'invention n'est pas homogène ? En d'autres termes, doit-on en conclure que parallèlement à des inventions d'essence dynamique — les procédés —, le droit consacrerait l'existence d'inventions de nature matérielle et statique — les produits⁹⁸ — ? En réalité, c'est être victime d'une illusion d'optique que de placer côte à côte procédés et produits, ceux-ci et ceux-là représentant en fait deux aspects d'un seul et même phénomène. L'équivoque peut être dissipée si l'on admet que le droit utilise le terme « invention » dans des contextes différents : dans un premier sens comme application et dans un second sens comme résultat de cette application⁹⁹. Dans la phase d'application, soit dans son aspect dynamique, l'invention est toujours un procédé ; dans son aspect statique, soit dans la phase du résultat, l'invention est un produit lorsque la modification de l'état de chose qui résulte de l'application du procédé se traduit par un corps possédant des caractéristiques spécifiques susceptible de faire l'objet d'une transaction commerciale. Il est par conséquent illogique d'opposer sur un plan horizontal procédé et produit, de les considérer comme des structures autonomes l'une de l'autre, puisque celui-ci n'est que la résultante de celui-là¹⁰⁰.

op. cit. ad § 1. Anm. 1, p. 89. Krause-Kathlun-Lindenmaier, *op. cit.* ad § 1. Anm. 40, p. 74. Van der Haeghen, *op. cit.*, p. 153 et suiv. Cet auteur distingue les produits-résultats des produits-moyens et fait remarquer qu'il n'existe pas de produits qui ne soient en même temps des moyens. L'observation est juste mais la distinction n'en doit pas moins être maintenue ; le produit-résultat vise certes un but mais celui-ci ne se situe pas dans le domaine technique alors que le but que poursuit le produit moyen est toujours technique. Sur l'importance de la distinction voir *infra* n° 36.

⁹⁷ Blum et Pedrazzini, *op. cit.*, vol. III ad art. 52. Anm. 6, p. 248.

⁹⁸ Telle paraît être l'opinion de G. Klauer-P. Möhring : Patentgesetz und Gebrauchsmustergesetz. Berlin 1937, Ad § 1. Anm. 3, p. 70. Dans le même sens Tetzner, *op. cit.* ad § 1. Anm. 13, p. 49 et suiv.

⁹⁹ Sur les différents sens que la loi attribue au terme « invention » voir notamment H. Isay : Patentgesetz. 6^e éd. Berlin 1932 Ad. § 1. Anm. 2, p. 42. J. Kholer : Handbuch, p. 83. Franzosi, *op. cit.*, p. 5 et suiv. F. Cueni : Erfindung und ihr Schutz, Mitt. 1952, p. 13 et suiv. Hubmann : Gewerblicher Rechtsschutz, p. 33 et suiv.

¹⁰⁰ W. Braune, *op. cit.*, p. 211. Franzosi, *op. cit.*, p. 249. Voir aussi Blum et Pedrazzini, *op. cit.*, vol. III ad art. 50. Anm. 3, p. 108 et ad art. 52. Anm. 6, p. 246. J. Baumann : Über den Begriff der Erfindung. GRUR 1906, p. 293.

La distinction entre produit et procédé, si elle ne concerne pas l'essence de l'invention, affecte cependant la nature de la prérogative. Ainsi, aux termes de l'art. 8 de la loi fédérale sur les brevets d'invention, le titulaire du brevet de produit peut interdire aux tiers la fabrication et la vente du produit breveté, quel que soit le procédé utilisé pour l'obtenir, alors que le monopole du titulaire du brevet de procédé ne vise que le seul procédé, la prérogative s'étendant néanmoins au produit issu directement du procédé. Voir aussi article 67 L.B. qui établit la présomption que si le procédé donne lieu à un produit nouveau tout produit identique est présumé avoir été fabriqué avec le procédé breveté.

Que l'invention représente toujours dans sa phase première un procédé est par ailleurs amplement démontré par des exemples tirés de la réalité des faits¹⁰¹. Ainsi l'invention du téléphone s'analyse comme l'invention d'un procédé de transmission des sons à l'aide d'un courant électrique¹⁰². L'invention de la lampe électrique est avant tout l'invention d'un procédé de fabrication d'un filament incandescent. Enfin les matières synthétiques telles que caoutchouc synthétique, nylon, sont autant d'inventions résultant toutes d'un procédé particulier, la polymérisation de molécules organiques gazeuses¹⁰³. Certes ces exemples concernent tous des produits de consommation immédiate, c'est-à-dire des produits-résultats. Mais les conclusions qui viennent d'être dégagées valent également pour ces produits-moyens que sont les machines, ustensiles et autres dispositifs. Les produits-moyens se distinguent des produits-résultats en ce qu'ils sont à la fois action et résultat, procédé et produit. Une machine doit tout d'abord être construite ; elle se présente ainsi, comme le résultat d'une activité fabricatrice, comme le produit d'un procédé de fabrication¹⁰⁴. Considérée sous cet angle, elle est une entité statique. Mais lorsque la machine fonctionne, elle se définit comme un procédé quand bien même celui-ci se cristalliserait dans une structure corporelle. Celle-ci passe en effet complètement au second plan, toute l'importance étant attribuée à la manière dont ses organes vont fonctionner pour produire le résultat recherché¹⁰⁵.

¹⁰¹ Voir notamment Roubier, *op. cit.*, vol. II, p. 98 : « lorsqu'il s'agit d'un médicament formé par le mélange de deux substances, comment pourrait-on distinguer le procédé de fabrication qui consiste à mélanger deux substances d'avec le produit obtenu qui consiste précisément en un mélange de ces substances ? C'est évidemment impossible. » Voir aussi Trib. Milan 3 avril - 19 mai 1952. Riv. dir. ind. 1952, I, p. 287 avec note G. Guglielmetti : *Invenzione di prodotto, invenzione di procedimento, modello di utilità* : où le Tribunal qualifie de brevet de produit l'emballage d'une panettone. En réalité, comme l'expose Guglielmetti, il s'agissait d'un procédé d'amélioration de la fabrication des panettoni caractérisé par le fait que la pâte, avant de subir les opérations de cuisson, était coulée dans un récipient et adhérerait ainsi aux parois latérales de ce dernier.

¹⁰² Walker, *op. cit.*, p. 44.

¹⁰³ Sur l'invention de la lampe électrique et des matières synthétiques, voir P. Rousseau : *L'invention est une aventure*. Paris 1965, p. 136, 219.

¹⁰⁴ Franzosi, *op. cit.*, p. 246. Reimer, *op. cit.* ad § 1. Anm. 82, p. 108. Il faut ainsi relever qu'en Allemagne, la Cour fédérale a annulé un brevet portant sur un dispositif pour lequel aucune indication relative à sa fabrication ne figurait dans l'exposé du brevet. B.G.H. 25 avril 1956. GRUR 1959, p. 125.

¹⁰⁵ Voir notamment Reimer, *op. cit.* ad § 1. Anm. 81, p. 108. Blum et Pedrazzini, *op. cit.*, vol. III ad Art. 52. Anm. 6, p. 253. Franzosi, *op. cit.*, p. 247. Ett. Luzzato, *op. cit.*, p. 95 et suiv. Robinson : *On Patents*, cité par A. Smith : *Patent Law*. Ann Arbor Michigan 1964, p. 180. Greco, *op. cit.*, p. 391.

C) *La connaissance de l'invention et la représentation du rapport de causalité dans la totalité du déroulement du processus causal.*

32. En réduisant l'invention à un type unique, le procédé, on affirme son caractère dynamique qui est un corollaire de l'appartenance de l'invention au monde de la technique. Mais si l'invention est une chose en devenir, elle échappe à toute représentation car notre intelligence est incapable de représenter le mouvement, à moins qu'elle ne le décompose en une série de positions¹⁰⁶. Pour comprendre l'invention, nous allons devoir raisonner comme si celle-ci était divisée en plusieurs étapes, en plusieurs stades intermédiaires, chacun d'eux représentant à la fois l'effet d'une position antérieure et la cause d'une position ultérieure¹⁰⁷. Cette démarche intellectuelle rendra possible une identification de l'invention dans la totalité du déroulement du processus causal¹⁰⁸. Il faudra ainsi faire intervenir le discours analytique qui, à l'aide de concepts, de notions générales et abstraites, mettra en évidence les rapports entre les différents phénomènes concernés¹⁰⁹. Pour cette raison encore, la distinction entre les brevets de produits et les brevets de procédés se révèle ambiguë : en effet, toute définition du produit limitée à ses caractéristiques corporelles aurait pour conséquence de n'exprimer l'invention que dans son résultat et non dans la totalité du rapport de causalité. Il en résulterait pour le breveté une série d'inconvénients ; tout d'abord il suffirait aux tiers d'apporter au produit breveté certaines modifications mineures pour échapper au monopole du titulaire du brevet¹¹⁰. Ensuite, en n'indiquant que le dernier maillon de la chaîne de causalité, le breveté s'exposerait aux risques d'une action en nullité fondée sur le fait d'une divulgation incomplète de l'invention¹¹¹. Enfin et surtout, en se limitant à l'examen du produit en soi, il sera impossible d'appré-

¹⁰⁶ H. Bergson a dit de notre intelligence qu'elle comprend le mouvement comme s'il était fait d'une suite d'immobilités. Voir H. Bergson : *La pensée et le mouvement*, p. 159 et suiv.

¹⁰⁷ Voir notamment l'exemple donné par Bumbacher de la décomposition en plusieurs étapes d'un procédé de fabrication des allumettes. H. Bumbacher : *Der Begriff der Äquivalenz im Patentrecht, insbesondere seine Bedeutung für chemische Erfindungen*. Zoug, 1957, p. 46 et suiv.

¹⁰⁸ Encore qu'une identification complète ne soit jamais possible car ni la description de l'invention, ni son application sur le plan pratique ne permettent de reconstituer l'invention avec toutes ses implications. Dans ce sens, Troller : *Immaterialgüterrecht*, vol. I, p. 165.

¹⁰⁹ Müller-Liebenau : *Grundprobleme*, cité sous note 142.

¹¹⁰ Sur ce problème, voir *infra* chap. III.

¹¹¹ Art. 26 ch. 4 de la loi suisse sur les brevets d'invention ; sans les indications relatives au procédé de fabrication, l'invention se présente comme un problème dont l'inventeur n'aurait pas indiqué la solution. Voir sur ce point Blum et Pedrazzini, *op. cit.*, vol. III ad Art. 52. Anm. 6, p. 245 et suiv.

Pour l'Allemagne : voir BGH 25 avril 1956, cité sous note 163, et Reimer, *op. cit.* ad § 1. Anm. 82, p. 108.

Pour la France : voir Cass. Comm. 15 mai 1968 JCP 1969 II n° 16135.

cier si l'invention satisfait aux conditions matérielles de protection prévues par la loi, notamment celle de la nouveauté et du niveau inventif ¹¹².

Ce qui vient d'être dit pour les produits-résultats vaut également pour les produits-moyens. Si l'on décrit une machine d'après ses caractéristiques corporelles et non d'après les fonctions qu'accomplissent ses organes, on se heurte aux mêmes difficultés qui viennent d'être exposées avec cette différence toutefois que le processus causal aura été identifié dans ses causes et non dans son résultat ¹¹³. Du reste, le principal souci des tribunaux a toujours été de se détacher des structures visibles des objets en cause, que ceux-ci se présentent comme des moyens ou comme des résultats, pour analyser le déroulement du processus causal dans sa totalité. Ainsi, dans l'arrêt Taubert ¹¹⁴, l'inventeur avait résolu d'une façon nouvelle et originale le problème posé par l'étanchéité d'une boîte de montre. Pour permettre un vissage parfait du fond de la boîte sur la carrure, l'inventeur avait donné au fond du boîtier une forme en polygone de façon à ce que les pans polygonaux ainsi obtenus puissent servir de prise à un organe de serrage, par exemple une clé. En se limitant à un examen formel du dispositif Taubert, le Tribunal fédéral aurait été conduit à nier la brevetabilité de l'invention car les fonds à pourtours polygonaux étaient connus depuis longtemps dans l'horlogerie. Toutefois, comme l'observe notre Instance Suprême, avant l'invention Taubert cette forme n'avait qu'une valeur purement décorative. Ce qui était nouveau dans l'invention Taubert, déclare le Tribunal fédéral, ce n'était pas le fond de la boîte en forme de polygone mais « l'idée d'utiliser à des fins mécaniques, c'est-à-dire pour obtenir un serrage complet, le pourtour polygonal d'un fond de boîte vissé » ¹¹⁵. C'est donc en relation avec la fin poursuivie, avec l'effet obtenu et non pour eux-mêmes que le Tribunal fédéral a considéré les moyens décrits dans le brevet Taubert ¹¹⁶. Ce faisant, il mettait l'accent sur le déroulement du processus causal, sur le lien moyen-résultat ¹¹⁷ qui donne à l'invention son caractère dynamique et qui la distingue des structures matérielles qui l'extériorisent dans la réalité.

¹¹² Franzosi, *op. cit.*, p. 257. L'importance de ce problème se manifestera lors de l'examen des conditions matérielles de protection du modèle d'utilité. Voir *infra* n° 112 et suiv.

¹¹³ Voir les auteurs cités sous note 162.

¹¹⁴ ATF 14 septembre 1948. 74 II p. 127 et suiv.

¹¹⁵ ATF 74 II p. 133.

¹¹⁶ Voir A. Matter, *op. cit.*, p. 99 a.

¹¹⁷ F. Valancogne : L'invention. Paris 1968, vol. I, p. 318. Voir aussi Cass. Civ. 3 juillet Gaz. Pal. 5-6 novembre 1941 où la plus haute juridiction française déclare qu'il ne suffit pas qu'un moyen ait été connu pour qu'on puisse l'opposer comme antériorité au titulaire du brevet ; il faut encore que le moyen ait été utilisé aux mêmes fins.

§ 2. LE CARACTÈRE TECHNIQUE DE L'INVENTION.

33. L'appartenance de l'invention au monde de la technique détermine, dans un sens positif, son caractère dynamique, sa nature de procédé. Mais dans un sens négatif, le caractère technique que doit revêtir l'invention, va restreindre considérablement le champ d'application de la loi. Ce n'est pas n'importe quelle action que le régime des brevets d'invention entend assujettir ; il ne suffit pas qu'une règle mette en valeur un rapport de causalité qui puisse être apprécié même approximativement pour qu'elle tombe sous le coup de la loi ; il faut encore que l'effet qui en résulte réponde à certaines conditions : c'est dans ce contexte que le caractère technique de l'invention sera examiné ci-après.

A) *L'utilisation industrielle et le caractère technique de l'invention.*

34. Il est incontestable que l'invention, pour être brevetable, doit revêtir un caractère technique ; il peut paraître toutefois surprenant que le législateur n'ait pas jugé opportun de définir cette condition. Dans certaines lois ce terme a même été omis. Ainsi l'article 1 de la loi fédérale sur les brevets d'invention prévoit que « des brevets d'invention sont accordés pour des inventions utilisables industriellement ». Il en va de même de la loi allemande qui déclare brevetable « die neue Erfindung die eine gewerbliche Verwertung gestattet »¹¹⁸. La loi italienne — article 2585 du Code civil — indique pour sa part que « possono costituire oggetto del brevetto le nuove invenzioni atte ad avere una applicazione industriale ». Il est vrai que ce même article ajoute que peut être brevetable l'application *technique* de moyens scientifiques dans la mesure où celle-ci donne des résultats industriels immédiats. Quant à la loi française du 2 janvier 1968, elle pose comme condition de brevetabilité, la présence du caractère industriel et précise à son article 7 que, pour que cette condition soit remplie, il faut que l'invention concourt « à la production de biens ou de résultats techniques »¹¹⁹.

¹¹⁸ Si la loi allemande dans sa dernière version du 4 septembre 1967 ne mentionne pas à son article premier la condition de technicité, celle-ci pourrait résulter implicitement des §§ 17 et 366 qui prévoient que les membres techniques de l'office des brevets — Patentamt — et de la Cour fédérale des brevets doivent être versés dans une branche au moins de la technique. Voir BGH 27 mars 1969. ICC 1970, n° 1, p. 136 et suiv.

¹¹⁹ La loi française donne des exemples d'inventions qui se situeraient en dehors du domaine technique : ainsi le ch. 3 de l'article 7 précise que ne constituent pas des inventions industrielles « les méthodes financières ou comptables, les règles de jeux et tous autres systèmes de caractère abstrait et notamment les programmes de séries d'instruction pour le déroulement des opérations d'une machine calculatrice ».

On pourrait conclure, de ces quelques dispositions légales, que les termes « utilisable » ou « exploitable industriellement » et « technique » ne forment en réalité qu'une seule et même notion. Telle est du reste l'opinion de Reimer qui soutient que la condition de l'exploitation industrielle — *gewerbliche Verwertbarkeit* — recouvre celle d'application technique, le terme « industrie » devant être pris dans son sens le plus large, c'est-à-dire comme englobant l'agriculture, la sylviculture, la chasse, la pêche, etc...¹²⁰. Interprétant l'article 2 de la loi française du 24 juillet 1844, le doyen Roubier expose que l'invention doit concourir à un résultat industriel, c'est-à-dire à un résultat matériel se rattachant à un effort de fabrication¹²¹. Pour M. Franzosi, le caractère matériel de l'invention et la condition de l'utilisation industrielle sont dans un rapport de genre à espèce. Pour être utilisable industriellement, une invention doit être pourvue d'un caractère matériel ; mais l'inverse n'est pas vrai. La matérialité de l'invention serait ainsi établie chaque fois que son application détermine la survenance d'un résultat perceptible par les sens. En revanche, la condition de l'utilisation industrielle ne serait remplie que si l'invention contribue en plus à la production de nouveaux biens. Ainsi un système permettant de déceler les défauts et les impuretés d'un produit aurait certes un caractère matériel ; toutefois il ne pourrait faire l'objet d'une utilisation industrielle, et partant ne serait pas brevetable car le résultat de son application ne se traduit pas par la présence d'un bien déterminé¹²².

Contrairement à l'opinion de la doctrine précitée, le caractère technique de l'invention ne se recouvre pas avec la condition de l'utilisation industrielle. Celle-ci se rapporte en effet à la notion de règle, de sorte que même si elle se vérifiait, il ne s'ensuivrait pas automatiquement que l'innovation relève du genre des nouveautés techniques. En réalité les termes « utilisables industriellement » évoquent deux ordres de questions : d'une part l'idée d'une répétition à l'infini du résultat de l'appli-

¹²⁰ Reimer, *op. cit.* ad § 1. Anm. 29, p. 41. Dans le même sens : Isay, *op. cit.*, ad § 1. Anm. 22, p. 58. Benkard, *op. cit.* ad § 1. Anm. 3, p. 79. Klauer-Möhring, *op. cit.* ad § 1. Anm. 6, p. 74 et suiv. Tetzner, *op. cit.* ad § 1. Anm. 21, p. 55.

¹²¹ Roubier, *op. cit.*, tome II, p. 86 et suiv. Voir aussi Valancogne, *op. cit.*, p. 154.

¹²² Franzosi, *op. cit.*, p. 180. Voir notamment Commission de Recours 30 avril 1958, Riv. dir. ind. 1958, III, p. 114 à propos de la non brevetabilité d'un système de contrôle de la production. Cette opinion paraît trop restrictive et équivaut à exclure du champ d'application de la loi les procédés dont l'action n'est pas la cause immédiate de la production d'un objet, par exemple les procédés de travail — *Arbeitsverfahren* — les procédés pour la mise en action d'un dispositif — *Betriebsverfahren* — enfin les procédés de contrôle — *Untersuchungsverfahren*. Voir Blum et Pedrazzini, *op. cit.*, vol. III, Anm. 5, p. 235.

L'opinion de Franzosi n'a pas fait l'unanimité dans la doctrine italienne. Voir en sens contraire Ascarelli, *op. cit.*, p. 543 et suiv. Greco, *op. cit.*, p. 388. G. Auletta : *Commentario del Codice, Libro quinto : del lavoro*. Bologne-Rome 1961 ad art. 2585, p. 244 et suiv.

cation, idée qui est inhérente au concept de règle, d'autre part l'idée que cette application doit avoir lieu dans l'industrie, au sens le plus large du terme¹²³. Le caractère technique de l'invention paraît donc totalement indépendant de la condition d'utilisation industrielle. On devrait ainsi pouvoir admettre l'existence d'inventions utilisables industriellement et qui pourtant sont dénuées de tout caractère technique¹²⁴. Inversement on pourrait concevoir, avec plus de difficultés il est vrai, qu'une invention revête un caractère technique sans pour autant être susceptible de faire l'objet d'une utilisation industrielle¹²⁵.

B) *Les règles dépourvues de caractère technique : les méthodes s'adressant à l'intelligence.*

35. L'exigence du caractère technique de l'invention permet de distinguer deux types de règles qui relèvent toutes du domaine de l'activité pratique mais à qui le droit réserve un traitement différent. A l'invention définie comme une règle d'utilisation des forces de la nature¹²⁶, on oppose généralement les systèmes, les méthodes qui s'adressent à l'intelligence — *Anweisung an dem menschlichen Geist* —. La distinction est en réalité fort difficile à établir ; d'une part, il paraît impossible de concevoir une action humaine sans aucune intervention des phénomènes naturels¹²⁷ ; d'autre part, une règle technique implique nécessairement une activité intellectuelle car pour être utilisable, elle

¹²³ C'est pourquoi Troller estime que la condition de l'utilisation industrielle est superflue car si elle fait défaut il y aura simultanément un autre élément de l'invention qui sera absent. Troller : *Immaterialgüterrecht*, vol. I, p. 238. Voir aussi ATF 17 novembre 1924 50 II 303 et surtout ATF 27 janvier 1953 79 I 77 où le Tribunal fédéral déclare non brevetable une variété d'œillets, car l'invention n'était pas exploitable industriellement, l'homme de métier n'étant pas en mesure de la répéter suivant le procédé exposé dans la revendication. Pour la même raison, la Cour fédérale allemande a refusé d'admettre la brevetabilité d'une méthode d'élevage permettant d'obtenir des pigeons rouges. BGH 27 mars 1969, N.J.W. 1969, p. 1713.

¹²⁴ C'est ainsi que le Tribunal fédéral a admis qu'un système de comptabilité pouvait être utilisable industriellement mais qu'il lui manquait le caractère technique nécessaire à sa brevetabilité : ATF 24 septembre 1946. 72 I, p. 368, JdT 1947, p. 244.

¹²⁵ Voir notamment les exemples cités par Blum et Pedrazzini, *op. cit.*, vol. I ad Art. 1. Ann. 27, p. 138. Voir aussi BGH 26 septembre 1967. GRUR 1968, p. 142 concernant la brevetabilité d'une méthode opératoire de l'os frontal en vue d'éviter la calvitie. La Cour conclut que les procédés qui ont pour objet le corps humain avec ses fonctions biologiques et physiologiques possèdent généralement un caractère technique. Elles ne sont toutefois pas brevetables car elles ne peuvent être exploitables industriellement : elles ne sont en effet applicables que dans les professions libérales (médecine, chirurgie) qui, par définition, n'appartiennent pas à l'industrie.

¹²⁶ Voir les définitions reproduites sous note 68 *infra*.

¹²⁷ H. Mediger : *Die Geistes-anweisung mit technischen Funktionen*. GRUR 1961, p. 5 et suiv.

doit avoir été préalablement comprise par celui auquel elle est destinée, ce qui suppose la participation de l'intelligence ¹²⁸. Il n'existe pas, dès lors, de cloisons étanches entre le monde de la matière et le monde de l'esprit ¹²⁹.

Toutefois le droit doit tracer une ligne de démarcation entre les deux domaines même si la frontière ainsi délimitée peut paraître artificielle. Les difficultés rencontrées dans l'élaboration d'un critère capable de distinguer les règles techniques de celles qui constituent une méthode s'adressant à l'intelligence ont incité doctrine et jurisprudence à faire usage de définitions très larges pouvant s'adapter de cas en cas. Serait technique toute règle qui relèverait du monde des phénomènes — *Erscheinungswelt* — par opposition au monde de l'esprit — *Welt der Geist* — et qui appliquerait des principes de nature physique ou

¹²⁸ Blum et Pedrazzini, *op. cit.*, vol. I ad Art. 1. Anm. 8, p. 78. Voir aussi Siedler, *op. cit.*, p. 44.

¹²⁹ Mediger relève que la plupart des objets que nous qualifions de techniques représentent en réalité l'objectivation matérielle d'une méthode s'adressant à l'intelligence. Ainsi une montre, malgré son organisation mécanique interne, a pour seule fonction d'exprimer d'une façon symbolique l'écoulement du temps. Cet instrument est en effet sans valeur pour celui qui n'aurait pas appris à lire les heures. Selon Mediger, l'objet purement technique est celui qui remplit sa fonction indépendamment de la faculté de compréhension de l'utilisateur, par exemple un couteau coupera toujours quand bien même l'utilisateur s'en servirait comme d'un crayon. En raison du caractère bivalent — technique et intellectuel — de la plupart des objets d'usage, Mediger soutient que la distinction entre les prestations techniques et les méthodes s'adressant à l'intelligence doit être abandonnée. Le caractère symbolique d'un instrument n'étant plus un obstacle à sa brevetabilité, le critère doit être recherché dans le rapport spatial existant entre le symbole et son support matériel. Si par rapport au support matériel, l'élément symbolique doit occuper une position déterminée pour exercer sa fonction, l'objet est brevetable. Tel sera le cas d'une montre, d'une règle à calcul, car les signes ne peuvent remplir leur fonction symbolique que s'ils se trouvent à un endroit déterminé ; en revanche, si la valeur symbolique du signe n'est pas affectée par la position qu'il occupe par rapport à l'objet — par exemple il est indifférent pour l'utilisateur qu'une table, indiquant les degrés d'exposition à la lumière figure au dos ou sur le devant d'une caméra — la brevetabilité doit être refusée. H. Mediger : *Die Patent-bzw. Musterschutzfähigkeit von Anweisungen an den menschlichen Geist*. GRUR 1954, p. 449 et suiv.

On peut reprocher à Mediger d'avoir considéré l'objet comme un tout sans dissocier les éléments symboliques des éléments matériels. Or cette dissociation paraît toujours possible. Ainsi à propos d'un formulaire destiné à recueillir des pronostics sportifs, la Cour fédérale a distingué l'élément matériel, la feuille de papier, des inscriptions — divisions linéaires, cases — qui y étaient représentées. Selon la Cour fédérale, la feuille de papier aurait très bien pu faire l'objet d'un brevet d'invention en raison notamment du traitement physique qu'aurait subi sa surface — pliage, perforation. Quant aux indications figurant sur la feuille, elles n'exerçaient qu'une fonction symbolique et par conséquent appartenaient au domaine des méthodes s'adressant à l'intelligence. BGH 21 mars 1958. GRUR 1958, p. 602. Voir aussi les critiques adressées à la théorie de Mediger par Trustedt : *Technische Erfindungsmerkmale und ihre Grenzen* (Anweisung an den menschlichen Geist). GRUR 1960, p. 414.

chimique¹³⁰. Il s'agit là d'un critère qui résulte directement de notions philosophiques et qui, de ce fait, se plie difficilement aux réalités concrètes qu'embrasse la science juridique¹³¹. Il est vrai que la technique agit sur le milieu ambiant et que par là elle s'accomplit dans le monde de la matière¹³² ; mais encore faut-il trouver un critère qui permette de discerner avec suffisamment de précision dans quelle mesure c'est la matière et non l'esprit qui est concernée par la règle¹³³.

Le critère qui distingue les idées techniques des méthodes s'adressant à l'intelligence doit être recherché dans la cause qui a justifié l'exclusion de ces dernières du régime des brevets d'invention. L'homme progresse dans la connaissance de lui-même ; la recherche dans le domaine des sciences humaines, l'étude des phénomènes sociaux ont donné naissance à de multiples applications pratiques ; par exemple avec la publicité, l'homme a su tirer parti de sa meilleure compréhension des données de la psychologie. Cependant et si les méthodes qui s'adressent à l'intelligence mettent en valeur de nouveaux rapports de causalité fondée sur un comportement social constant de l'individu, il n'en demeure pas moins que l'effet résultant de l'application d'un processus causal de cette nature ne peut faire l'objet que d'une apprê-

¹³⁰ RG 21 janvier 1933. MuW 1933, p. 183 ; à propos de la brevetabilité d'une table de multiplication.

¹³¹ La distinction établie par la Cour fédérale allemande entre le monde des choses — *Welt der Dinge* — et le monde des représentations appelle les mêmes réserves. BGH 25 décembre 1965, GRUR 1965, p. 533. Un critère débarrassé de toute connotation philosophique a été forgé par le Sénat de l'office fédéral des brevets dans une affaire concernant la brevetabilité d'une carte de stockage. Il faut examiner, déclarait le Sénat, si lors de l'utilisation de la carte l'activité mécanique — manipulation de la carte — prédomine l'activité intellectuelle : PA 21 décembre 1950, GRUR 1951, p. 156. Ce même Sénat a toutefois abandonné assez rapidement ce critère. PA 2 mars 1950 Bl. 1955, p. 150.

¹³² Voir *supra* n° 30.

¹³³ Que faut-il entendre par matière ? S'agit-il de la matière inanimée ou du monde des choses vivantes ? — règne animal et végétal. Un fort courant doctrinal et jurisprudentiel semble se dessiner en faveur de cette seconde acception du terme. Voir notamment Blum et Pedrazzini, *op. cit.*, vol. I ad Art. 1. Anm. 10, p. 82 et suiv. Troller : *Immaterialgüterrecht*, vol. I, p. 172 et suiv. Reimer, *op. cit.*, ad § 1. Anm. 4, p. 88, vol. I. Tetzner, *op. cit.*, ad § 1. Anm. 39, p. 76. Benkard, *op. cit.*, ad § 1. Anm. 4, p. 80.

Voir pour la Suisse : ATF 24 septembre 1946 72 I 368 JdT 1947 p. 244 relatif à un procédé destiné aux soins des ongles et des cheveux. — ATF 27 janvier 1953, 79 I 77, relatif à une variété d'œillets déclarée non brevetable pour défaut d'application industrielle. — Tribunal de Commerce Berne 30 avril 1960. ZBJV, vol. 100 (1964), p. 333 et suiv., relatif à un appareil médical rendant possible une nouvelle thérapeutique. — Tribunal fédéral, 24 septembre 1970, Mitt. 1970, p. 214, relatif à un dispositif destiné à calculer les biorythmes.

Pour l'Allemagne : voir PA 4 nov. 1952. GRUR 1953, p. 173, relatif à un procédé de contrôle des narcoses. — BGH 26 septembre 1968, relatif à une méthode opératoire de l'os frontal, cité sous note 125 — BGH 27 mars 1969, relatif à une méthode d'élevage de pigeons rouges, cité sous note 123.

ciation approximative¹³⁴. Les méthodes qui s'adressent à l'intelligence disciplinent la vie intérieure de l'homme, les formes de sa pensée¹³⁵. L'effet qui en découle se situe par conséquent au niveau de sa personnalité interne et ne se manifeste pas à l'extérieur. On comprend alors pourquoi de telles méthodes ont été soustraites à l'emprise du régime des brevets d'invention. L'homme ne peut en effet mesurer que des phénomènes qui lui sont extrinsèques¹³⁶. Une méthode publicitaire peut certes provoquer chez l'acheteur potentiel une décision d'achat. Toutefois ou ne pourra jamais établir avec certitude la motivation de son acte. Pour cela il faudrait être en mesure de constater directement l'effet de la campagne publicitaire sur le psychisme du sujet, ce qui actuellement paraît impossible¹³⁷. Les biens immatériels, malgré leur essence spirituelle, doivent être rattachés d'une manière ou d'une autre à la réalité matérielle pour que le droit puisse les prendre en considération. Comment pourrait-on, s'il en allait autrement, apprécier la portée de la méthode lorsque le déroulement du processus causal demeure sur un plan purement intellectuel, en d'autres termes si son effet échappe à toute observation précise et ne peut être que supputé, toujours avec une certaine marge d'erreur¹³⁸.

Cette constatation nous conduit à résoudre le problème posé par la délimitation du domaine des règles techniques envers celui des méthodes s'adressant à l'intelligence en fonction du résultat premier de leur application¹³⁹. Si celui-ci affecte la matière et se traduit par une transformation de cette dernière, la règle relève du droit des brevets d'invention¹⁴⁰. Seul un résultat de cette nature est en effet susceptible d'une

¹³⁴ Are, *op. cit.*, p. 23, 101. M. Ghiron, *op. cit.*, p. 31.

¹³⁵ Troller : Immaterialgüterrecht, vol. I, p. 120. Blum et Pedrazzini, *op. cit.*, vol. I ad Art. 1. Anm. 8, p. 78.

¹³⁶ Ghiron, *op. cit.*, p. 31.

¹³⁷ Sur les différentes méthodes de contrôle de l'efficacité d'une méthode publicitaire, voir notamment P. Dupertuis : Le droit d'auteur dans le domaine de la publicité commerciale. Lausanne, 1964, p. 44 et suiv.

¹³⁸ Dans ce sens Roubier, *op. cit.*, vol. II, p. 85 et suiv.

¹³⁹ Blum et Pedrazzini, *op. cit.*, vol. I, Anm. 8, p. 78 : « Nicht die Art der Anweisung, sondern der dadurch verfolgte Zweck ist das unterscheidende Kriterium. » Dans le même sens Klauer-Möhring, *op. cit.* ad § 1. Anm. 6, p. 74. Krause-Kathlun-Lindenmaier, *op. cit.* ad § 1. Anm. 74, p. 41. Sur la série des résultats qu'entraîne l'application d'une règle technique, voir *infra* n° 36. Voir aussi Cass. ital. 27 juin 1956, Riv. propr. int. e ind. 1956, p. 61.

¹⁴⁰ Voir note 122. L'interprétation par M. Franzosi de la condition de matérialité est en revanche trop restrictive. Pour cet auteur, seul un résultat preceptible par les sens possède un caractère matériel. Franzosi, *op. cit.*, p. 180. Cette conception aurait pour conséquence de limiter le domaine des brevets d'invention aux seules règles qui se manifestent par un résultat corporel perceptible par les sens. Seraient ainsi exclues du champ d'application de la loi, les inventions produisant des effets invisibles, intangibles, inodores et inaudibles et dont la survenance ne pourrait être déterminée qu'à l'aide d'un appareil particulier — rayons X par exemple.

estimation quantitative. Si au contraire le résultat ne vise que le comportement d'un individu, la règle est alors soustraite à l'emprise du régime. Le fait que des phénomènes naturels aient contribué à l'obtention dudit résultat n'apparaît à cet égard pas déterminant¹⁴¹. C'est donc la matérialité du résultat qui confère à la règle son caractère technique et partant la rend brevetable si toutes les autres conditions prévues par la loi sont remplies¹⁴².

C) *Le caractère technique et l'utilité de l'invention : les deux séries causales de l'invention.*

36. Le caractère technique de l'invention doit être distingué de l'utilité qui découle de son application ; ces deux notions ont été trop souvent confondues¹⁴³. Lorsque l'on parle de l'utilité de l'invention, on envisage cette dernière sous l'angle de son incidence sur le milieu social, c'est-

¹⁴¹ Voir notamment Mediger cité sous note 129. La plupart des méthodes qui s'adressent à l'intelligence mettent en jeu des moyens corporels et partant des forces naturelles ; elles n'en sont pas pour autant brevetables. Ainsi dans un jeu des échecs il faudra distinguer d'une part la règle du jeu qui, parce qu'elle demeure sur un plan purement intellectuel, n'est pas brevetable des moyens corporels qu'elle met en œuvre. Le fait que le jeu des échecs se qualifie comme une méthode s'adressant à l'intelligence n'implique pas automatique que l'échiquier et les pions ne soient pas protégeables. Les pions peuvent en raison de la forme originale qui leur a été donnée être soumis au régime du droit d'auteur ou à celui des dessins et modèles. On peut également songer à un brevet d'invention : ainsi l'idée de percer les cases de l'échiquier d'un trou et de munir les pions d'un tige pour qu'ils conservent leur position sur l'échiquier malgré l'absence de stabilité du support sur lequel repose le jeu — par exemple une table secouée par les trépidations d'un train — pourrait revendiquer la protection du régime des brevets d'invention. Voir notamment Hubmann : *Urheber- und Verlagsrecht*, p. 90. Voir aussi Commission de Recours italienne 28 mars 1958, Riv. dir. ind. III, p. 372, avec note Guglielmetti. Voir enfin L. Sordelli : *La pubblicità commerciale*, p. 80.

¹⁴² Ont été jugées comme des méthodes s'adressant à l'intelligence, dénuées de tout caractère technique :

En Suisse : un système de comptabilité, ATF 24 septembre 1946 72 I p. 368, JdT 1947 p. 244 et TF 23 septembre 1947, Mitt. 1949 p. 80 ; un système d'organisation des entreprises, ATF 14 juin 1968, Mitt. 1969 p. 35 ; une méthode de planification pour l'établissement d'un réseau électrique, ATF 11 novembre 1969 ; un programme d'ordinateur : Bureau féd. 3 septembre 1968, Mitt. 1969 p. 34.

En Allemagne : des tables de multiplication : RG 21 janvier 1933, MuW 1933, p. 183 ; des formulaires de comptabilité : BGH 21 mars 1958, GRUR 1958, p. 602 ; des symboles figurant sur le clavier d'une machine à écrire : BGH 23 mars 1965, GRUR 1965, p. 533.

En Italie : des règles de jeu, Comm. de recours 28 mars 1958, Riv. dir. ind. 1958, III, p. 372 et 28 nov. 1958 D. aut. 1961, p. 246 ; un système de contrôle de la production, Comm. de recours 30 avril 1958, Riv. dir. ind. 1958, III, p. 114.

Pour la France : voir article 7 ch. 3 de la loi du 2 janvier 1968, cité sous note 119. Voir aussi Cour de Paris 4 nov. 1959, Ann. 158, p. 302, relatif à un dispositif composé d'un calendrier et d'une réglette graduée à curseur facilitant l'application de la méthode Ogino-Knaus.

¹⁴³ Cette confusion a été une des causes de l'exclusion du régime des dessins et modèles des formes à caractère utilitaire.

à-dire en relation avec des besoins de l'humanité qu'elle est appelée à satisfaire¹⁴⁴. La technique et d'une manière plus générale l'intelligence conceptuelle dont elle relève, considère les phénomènes naturels non pas d'une manière désintéressée mais en vue d'en tirer une certaine utilité¹⁴⁵. L'invention obéit à ces mêmes principes et son seul fondement réside dans sa capacité de satisfaire des besoins de la collectivité. L'invention va donc entraîner des effets tant sur le plan technique que sur le plan social. Certains auteurs ont alors décomposé le processus causal que forme l'invention en deux phases selon la nature de l'effet obtenu¹⁴⁶. Dans la première phase, appelée aussi série causale technique, deux ou plusieurs moyens sont mis en œuvre pour produire un effet technique, c'est-à-dire une transformation de la réalité matérielle¹⁴⁷. Dans la seconde phase, dite aussi série causale sociale, le résultat technique obtenu va déterminer la survenance d'un effet social qui se manifeste par la satisfaction d'un besoin de l'humanité. Ainsi dans un brevet de remède, le procédé pour obtenir le remède forme la série technique, le remède directement issu du procédé représentant le résultat technique. La destination du remède à la guérison des maladies constitue la série sociale et la guérison des maladies, le résultat social¹⁴⁸. Résultat technique et résultat social doivent, par conséquent, être soigneusement distingués. Le résultat technique se présente comme un effet dans la première série causale, mais il devient la cause du résultat social dans la seconde série causale¹⁴⁹. Les règles du droit des brevets d'invention applicables à chacune des séries causales sont également différentes : si, dans la série technique, le résultat doit être effectivement atteint par la mise en œuvre des moyens, dans la série sociale, il n'est pas néces-

¹⁴⁴ Blum et Pedrazzini, *op. cit.*, vol. I ad art. 1. Anm. 26, p. 134. Reimer, *op. cit.* ad § 1. Anm. 21, p. 42. Benkard, *op. cit.* ad § 1. Anm. 17, p. 87. Lindenmaier, *op. cit.* ad § 1. Anm. 25, p. 53. Isay, *op. cit.* ad § 1. Anm. 8 p. 42.

¹⁴⁵ Voir *supra* n° 23.

¹⁴⁶ Kohler : Handbuch, p. 121 et suiv. Isay, *op. cit.*, 6^e éd. ad § 1. Anm. 8, p. 48. Klauer-Möhring, *op. cit.* ad § 1. Anm. 7, p. 79. Franzosi, *op. cit.*, p. 198 et suiv. Schramm : Der Patentverletzungsprozess, p. 48 et suiv.

¹⁴⁷ Voir *supra* n° 35.

¹⁴⁸ Franzosi, *op. cit.*, p. 201.

¹⁴⁹ Dans ce sens, Reimer, *op. cit.* ad § 1. Anm. 9, p. 25, qui distingue le but de l'invention — Zweck — du problème technique — technische Aufgabe. Voir aussi Krause-Kathlun-Lindenmaier, *op. cit.* ad § 1. Anm. 25, p. 53. Isay, *op. cit.* ad § 1. Anm. 7 et 8, p. 48.

En droit français la distinction n'est pas aussi clairement établie. Certains auteurs isolent le résultat premier ou effet technique de la chaîne des résultats que peut entraîner l'invention sur le plan social. A. Casalonga : Traité théorique et pratique des brevets d'invention. Paris 1949, p. 42 et suiv. F. Valancogne, *op. cit.*, p. 181 et suiv. D'autres auteurs considèrent que le terme « résultat » peut être interprété dans le sens d'avantages procurés ; par exemple : augmentation d'élégance, de souplesse, diminution du prix de revient, etc. Ces auteurs paraissent alors confondre résultat technique et résultat social. Voir notamment Roubier, *op. cit.*, vol. II, p. 124 et suiv. Van der Haeghen : Le droit intellectuel, *op. cit.*, p. 108.

saire que le besoin soit complètement satisfait ¹⁵⁰. Peu importe dès lors que le remède guérisse moins bien que d'autres remèdes analogues, que le produit issu du procédé breveté soit d'un prix de revient plus élevé que d'autres produits servant au même usage ¹⁵¹.

Dans la première série causale, l'invention détermine toujours un enrichissement de la technique puisqu'à la somme des rapports de causalité préexistants vient s'ajouter un nouveau processus causal ¹⁵². En revanche la série sociale peut se manifester sur des plans multiples : économique — abaissement des coûts de production —, esthétique — la règle technique permet la réalisation d'un produit esthétiquement acceptable ¹⁵³ —, socio-hygiénique —, le dispositif augmente la sécurité des travailleurs — ¹⁵⁴. Mais tous ces résultats traduisent l'utilité de l'invention sur le plan social — sozialer Brauchbarkeit —. Ils ne doivent pas être confondus avec le résultat technique qui en est la cause et qui se définit par son caractère strictement matériel.

Quelle est l'incidence de la seconde série causale sur la brevetabilité de l'invention ? L'utilité sociale qui découle de l'innovation participe-t-elle à la définition de l'invention technique ou constitue-t-elle une condition autonome de brevetabilité au même titre, par exemple, que le niveau inventif ? Poser comme condition de brevetabilité de l'invention son caractère utilitaire, c'est admettre a contrario l'hypothèse d'inventions inutiles, qui ne satisferaient aucun besoin de la collectivité. Or si l'on considère que la technique n'est jamais une fin en soi, qu'elle met en œuvre différents moyens pour atteindre un objectif se situant dans le domaine social au sens large du terme — amélioration des conditions de vie ¹⁵⁵ —, il devient évident que l'utilité est une qualité inhérente à toute innovation qui relève du monde de la technique. L'utilité représente ainsi une caractéristique immanente à la notion de l'invention technique et ne saurait être érigée en condition autonome de brevetabilité ¹⁵⁶.

¹⁵⁰ Isay, *op. cit.* ad § 1. Anm. 11, p. 49. Blum et Pedrazzini, *op. cit.*, ad Art. 1. Anm. 10, p. 102. Benkard, *op. cit.* ad § 1. Anm. 10, p. 85.

¹⁵¹ La rentabilité de l'invention est sans incidence sur sa brevetabilité, voir ATF 17 nov. 1924 50 II 303 ; voir aussi Troller : Immaterialgüterrecht, vol. I, p. 239. Blum et Pedrazzini, cité sous note 207, p. 104. Isay, *op. cit.* ad § 1. Anm. 12, p. 50.

¹⁵² Blum et Pedrazzini, *op. cit.*, vol. I ad Art. 1. Anm. 1, p. 95 et suiv. Franzosi, *op. cit.*, p. 203. Reimer, *op. cit.* ad § 1. Anm. 25, p. 44.

¹⁵³ ATF 14 septembre 1948 74 II, p. 127, 137. Voir aussi BGH 23 novembre 1965 ; GRUR 1966, p. 249. RG 16 août 1938 ; J.W. 1938, p. 3124.

¹⁵⁴ Voir en général les exemples cités par Blum et Pedrazzini, *op. cit.* ad Art. 1. Anm. 14, p. 98. Tetzner, *op. cit.* ad Art. 1. Anm. 27, p. .

¹⁵⁵ Voir *supra* n° 30.

¹⁵⁶ Blum et Pedrazzini, *op. cit.*, vol. I ad Art. 1. Anm. 14, p. 95 ; Anm. 26, p. 134. Franzosi, *op. cit.*, p. 94. Contra Reimer, *op. cit.* ad § 1. Anm. 21, p. 42, et Benkard, *op. cit.* ad § 1. Anm. 17, p. 87, qui placent l'utilité de l'invention au rang de condition indépendante de brevetabilité.

Il importe ici de souligner qu'en distinguant le résultat technique du résultat social, nous avons voulu démontrer que l'utilité de l'invention et son caractère technique sont deux notions différentes. Soutenir le contraire reviendrait à confondre la cause des effets. L'utilité est certes une résultante obligatoire de l'invention, mais celle-ci n'en est pas la seule cause. Il tombe en effet sous le sens que les besoins de la collectivité peuvent être satisfaits par toute démarche de l'activité pratique sans qu'il soit nécessaire de mettre en action des moyens qui relèvent du monde de la technique. L'invention de la comptabilité s'est révélée tout aussi utile que celle de la machine à vapeur et pourtant il ne viendrait à l'idée de personne de prétendre qu'il s'agit là d'une invention technique soumise au droit des brevets d'invention. Ceci vaut également pour toutes les autres méthodes s'adressant à l'intelligence. Les créations techniques, en tant que groupe homogène de manifestations de l'activité intellectuelle, appartiennent certes au genre supérieur des créations utilitaires ; mais elles ne sont pas les seules à en faire partie. Le point est important comme nous l'établirons par la suite.

§ 3. LES ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS DE L'INVENTION.

37. Pour un certain courant doctrinal, minoritaire il est vrai, l'invention n'est pas une création. Cette doctrine considère en effet que l'inventeur n'a fait qu'isoler un rapport de causalité qui existait depuis toujours à l'état latent dans la nature ; l'invention ne serait donc jamais quelque chose que l'homme a tiré du néant¹⁵⁷. S'il est vrai, comme l'enseigne la philosophie moderne, que rien ne se crée et rien ne se perd, que l'homme ne peut que transformer le monde où il vit¹⁵⁸, il n'en demeure pas moins que pour le droit, le terme « création » a toujours un caractère relatif¹⁵⁹. Cette doctrine, si elle se montre ainsi trop absolue dans ses affirmations, a eu cependant le mérite de mettre l'accent sur le type d'action qui caractérise l'invention. Considérant que l'homme ne peut que modifier son milieu ambiant, l'invention se présente alors comme une combinaison, c'est-à-dire comme la réunion dans un nouvel arrangement d'éléments préexistants ; certes les moyens sont donnés à l'homme ; il ne les crée pas. Mais son intervention est nécessaire pour les faire coopérer, pour qu'ensemble ils produisent l'effet recherché. Le déroulement du processus causal n'est donc possible que grâce à l'homme qui, en associant deux moyens, leur permet d'accomplir leur

¹⁵⁷ Notamment Franzosi, *op. cit.*, p. 98 et suiv. Hubmann : *Gewerblicher Rechtsschutz*, p. 78 et suiv.

¹⁵⁸ Cela vaut également pour la création artistique ; voir Nedoncelle, *op. cit.*, p. 22.

¹⁵⁹ Voir *infra* chapitre II n° 42.

fonction, d'agir dans la direction voulue ¹⁶⁰. Les inventions sont donc, avant toute chose, des combinaisons ¹⁶¹. L'action de combiner des éléments met alors à contribution les deux formes de l'esprit humain qui ont été définies précédemment.

A) *La découverte, combinaison sur le plan spéculatif.*

38. Toute combinaison implique deux opérations de l'esprit de nature essentiellement différente dont l'une se situe sur le plan cognitif, l'autre sur le plan pratique. Réunir deux ou plusieurs éléments pour leur faire produire un certain effet n'est possible que si l'on connaît les propriétés particulières des éléments à combiner. Ainsi en chimie on obtient un sel en combinant une base avec un acide. Mais avant de pouvoir combiner effectivement ces deux éléments, il faut encore savoir qu'une base possède la propriété de produire un sel lorsqu'elle est combinée avec un acide ¹⁶². Déceler les propriétés d'un corps qui font que celui-ci, lorsqu'il est associé à un autre corps, accomplit une certaine fonction fait appel à l'intelligence conceptuelle, c'est-à-dire à cette forme de l'esprit qui établit des rapports entre les objets. M. Franzosi a vu dans cette première opération une découverte ; il s'agira en effet de percevoir certaines caractéristiques d'éléments, de constater de nouvelles relations qui pourraient exister entre eux. Toujours selon cet auteur, la seconde opération qu'il dénomme « construction » consiste à combiner effectivement, c'est-à-dire sur le plan pratique, les dits éléments selon les propriétés perçues. Découverte et construction constituent donc pour M. Franzosi les parties composantes de l'invention ¹⁶³.

Cette conception paraît aller à l'encontre de la théorie classique du droit de la propriété industrielle où doctrine et jurisprudence ont toujours opposé l'invention brevetable à la découverte et à la construction. On a ainsi traité la découverte et la construction comme des phénomènes indépendants l'un de l'autre auxquels feraient défaut certaines conditions de brevetabilité. Ainsi la découverte ne serait pas brevetable car il lui manquerait le caractère technique, c'est-à-dire la matérialité

¹⁶⁰ Casalonga, *op. cit.*, p. 91 et suiv., notamment p. 94 : « créer c'est modifier ou adapter des objets connus, en leur associant d'une manière nouvelle des éléments plus ou moins connus. »

¹⁶¹ Voir notamment Isay, *op. cit.* ad § 1. Anm. 19, p. 50. Blum et Pedrazzini, *op. cit.*, vol. I ad § 1. Anm. 32, p. 143. Troller : Immaterialgüterrecht, vol. I, p. 211 et Van der Haeghen, *op. cit.*, p. 57 ; Franzosi, *op. cit.*, p. 149. Dans ce sens, voir aussi ATF 30 novembre 1943 69 II p. 421, JdT 1944, p. 322, 324 où le Tribunal fédéral considère que l'invention de combinaison n'est pas un type particulier d'invention.

¹⁶² Müller, *op. cit.*, p. 176. Voir aussi Schramm : Der Patentverletzungsprozess, p. 115.

¹⁶³ Franzosi, *op. cit.*, p. 150 et suiv.

requis par la loi ¹⁶⁴. Si l'on admet que découvrir c'est en réalité révéler des rapports entre des objets, des phénomènes naturels, qui demeureraient jusqu'alors inconnus, il est évident que la découverte ne produit aucun effet dans la réalité extérieure ¹⁶⁵. La découverte se situe au niveau de la connaissance ; elle ne prescrit rien ; elle ne fait que constater. Sa nature est purement spéculative. Si, à la découverte, son auteur ne fait succéder aucune application pratique, si, comme l'expose la doctrine française elle n'est liée à aucun effort de fabrication ¹⁶⁶, elle ne peut certes faire l'objet d'un brevet d'invention. Mais cette hypothèse n'est de loin pas la plus fréquente et le problème qui se pose presque toujours est celui du traitement juridique qu'il faut réserver à une découverte dont l'auteur aurait indiqué une application industrielle ¹⁶⁷. La doctrine dans sa grande majorité se prononce pour la brevetabilité d'une découverte qui aurait été ainsi suivie d'une application pratique ¹⁶⁸. Pourtant MM. Blum et Pedrazzini paraissent exiger que l'application pratique manifeste par rapport à la découverte un niveau inventif. Dans cette conception, application pratique et découverte sont alors dissociées, celle-ci étant traitée comme une antériorité de celle-là ¹⁶⁹. Cette thèse n'est guère convaincante : toute action de l'homme est généralement précédée d'une observation des phénomènes, de sorte que la phase d'application va nécessairement dépendre de la phase spéculative. Dès lors l'idée de vouloir dissocier les deux phases et déterminer la brevetabilité d'une prestation technique en appréciant le caractère non évident de l'une par rapport à l'autre se révèle singulièrement artificielle. Elle aurait pour conséquence de n'admettre à la dignité du

¹⁶⁴ Le problème de la protection des découvertes scientifiques se pose également en droit d'auteur : la doctrine et la jurisprudence dominante considèrent que la découverte ne peut être protégée car elle ne serait pas une création de l'esprit. Voir *infra* chapitre III.

¹⁶⁵ Blum et Pedrazzini, *op. cit.*, vol. I ad Art. 1. Anm. 1, p. 80. Troller : Immaterialgüterrecht, vol. I, p. 174. H. Trueb : Die Entdeckung als Element der patentwürdigen Erfindung. Mitt. 1956, p. 169, 174 et suiv. Reimer, *op. cit.* ad § 1. Anm. 2, p. 8 et suiv. Benkard, *op. cit.* ad § 1. Anm. 2, p. 78. Krause-Kathlun-Lindenmaier, *op. cit.* ad § 1. Anm. 4, p. 38. Tetzner, *op. cit.* ad Art. 1. Anm. 22, p. 55 et suiv.

¹⁶⁶ Roubier, *op. cit.*, vol. II, p. 87 et suiv. A. Casalonga, *op. cit.*, p. 68 et suiv. Valancogne, *op. cit.*, p. 166.

¹⁶⁷ Le cas est expressément prévu par la loi italienne — Art. 2585 al. 3 Code civil — « Possono costituire oggetto di brevetto le nuove invenzioni atte ad avere un' applicazione industriale, quali l'applicazione tecnica di un principio scientifico purchè essa dia immediati risultati industriali ... In quest' ultimo caso il brevetto è limitato ai soli risultati indicati dall'inventore. » Voir aussi art. 30 loi française du 5 juillet 1844.

¹⁶⁸ Kohler : Handbuch, p. 92. Reimer, *op. cit.* ad § 1. Anm. 2, p. 8. Benkard, *op. cit.* ad § 1. Anm. 2, p. 78. Krause-Kathlun-Lindenmaier, *op. cit.* ad § 1. Anm. 4, p. 38. Trueb, *op. cit.*, p. 174 et suiv. Troller : Immaterialgüterrecht, vol. I, p. 214. W. Kambli et E. Mannhart : Erfindung und Entdeckung im Patentrecht. Mitt. 1957, p. 62.

¹⁶⁹ Blum et Pedrazzini, *op. cit.*, vol. I ad § 1. Anm. 8, p. 81.

brevet que les inventions résultant du hasard, où la combinaison intervient sans aucune réflexion particulière¹⁷⁰.

En réalité, l'opposition entre invention et découverte résulte de ce que la doctrine définit cette dernière dans son sens le plus étroit, c'est-à-dire dans le sens d'une révélation d'un principe mettant en jeu des lois scientifiques de portée considérable¹⁷¹. Mais envisagée dans son acception la plus large est aussi une découverte la perception de propriétés ou de rapports existant entre des objets, même de portée modeste¹⁷². Du reste l'idée que l'invention relève également de la pensée spéculative n'est niée par personne, même pas par les auteurs qui opposent découverte et invention. Ainsi MM. Blum et Pedrazzini lorsqu'ils définissent l'invention comme l'application d'une connaissance — angewandte Kenntniss — reconnaissent bien la participation du fait cognitif au phénomène de l'invention¹⁷³. Le grand mérite de M. Franzosi est d'avoir su isoler ce moment essentiel¹⁷⁴.

¹⁷⁰ Dans ce sens Troller : *Immaterialgüterrecht*, vol. I, p. 214. Truëb, *op. cit.*, sous note 165. La thèse de MM. Blum et Pedrazzini n'a pas été suivie par le Tribunal fédéral dans l'affaire Lamar S.A. c. Park Davis and Company ATF 28 novembre 1967 93 II 504, JdT 1968 I 637. Park Davis avait inventé un procédé de fabrication synthétique d'un antibiotique à partir d'une substance de base, un micro-organisme dont les structures chimiques, inconnues jusqu'alors, avaient été analysées par les chercheurs de Park Davis qui en avaient réalisé la synthèse. Lamar soutenait que pour apprécier la nouveauté et le niveau inventif de l'invention, il ne fallait pas considérer cette substance de départ. Le Tribunal fédéral en déboutant Lamar déclarait que le procédé, son point de départ et son point d'aboutissement formaient un tout inséparable. Ainsi la synthèse du micro-organisme qui constituait en réalité une découverte, n'était nullement dissociée du procédé, c'est-à-dire de l'application pratique.

¹⁷¹ En fait le problème de la protection de la découverte suivie d'une application pratique a trait non pas au problème de la brevetabilité d'une invention mais à celui de l'étendue de la protection conférée par le brevet. Ainsi en France où sous l'empire de la loi du 5 juillet 1844, la question du niveau inventif ne se posait pas, seule cette question formait le centre des préoccupations de la doctrine et de la jurisprudence. Voir en plus de la doctrine citée sous note 167 : Fernand-Jacq : Les brevets de principe et la question des équivalents. PI 1948, p. 31. Voir aussi *infra* chapitre III n° 89.

¹⁷² Franzosi, *op. cit.*, p. 128. Voir aussi Greco, *op. cit.*, p. 390 qui considère que l'invention est toujours fondée sur un principe scientifique.

¹⁷³ Blum et Pedrazzini, *op. cit.*, vol. I ad Art. 1. Anm. 8, p. 81.

¹⁷⁴ A part M. Franzosi, quelques auteurs ont su voir qu'invention et découverte n'étaient pas antinomiques ; notamment Hubmann : *Gewerblicher Rechtsschutz*, p. 78. Tetzner, *op. cit.* ad § 1. Anm. 22, p. 55. Van der Haeghen : Les inventions mécaniques et le principe des équivalents. Liège 1918, p. 64 et suiv. Walker, *op. cit.*, p. 36 et suiv. et surtout Greco, *op. cit.*, p. 381 : « l'invenzione consiste in una nuova cognizione dei rapporti di causalità che reggono i fenomeni fisici... » Pour la jurisprudence voir principalement Svbeisa AG c. Schinken 30 juin 1937, JdT 1937 p. 71, où le Tribunal fédéral déclare : « Chaque invention suppose une découverte et en outre l'utilisation de cette découverte pour des fins pratiques. » Voir aussi Cass. ital. 21 avril 1955 Mass. Foro it. 1955 col. 220, Cour d'Appel Milan 25 février 1955. Rivista propr. int. e ind. 1955, p. 82.

B) *La construction : combinaison sur le plan pratique.*

39. La construction est définie par M. Franzosi comme la combinaison effective des éléments selon les propriétés nouvellement perçues¹⁷⁵. Alors que la découverte relève de la pensée spéculative, la construction s'inscrit dans le cadre de l'activité pratique¹⁷⁶. La construction extériorise l'invention sous deux formes différentes : la combinaison peut en effet ne porter que sur des idées sans que celles-ci se traduisent sur le plan matériel ; l'inventeur communique son invention au monde extérieur par des mots, des chiffres, des symboles qu'il consigne dans l'exposé du brevet. La construction est alors idéale ou intellectuelle car elle formule l'invention par une règle au niveau du langage. Mais la construction aura un caractère matériel lorsque des moyens corporels sont effectivement combinés pour produire un résultat, une modification de la réalité matérielle — produit ou résultat au sens étroit¹⁷⁷ —. Par exemple, l'invention concernant une machine peut faire l'objet d'une représentation purement intellectuelle. L'inventeur définit les rapports de forces, la position des organes au moyen de symboles vectoriaux, de représentations abstraites. Cette objectivation idéale permettra au technicien de construire la machine en traduisant les données abstraites en organes concrets, corporels¹⁷⁸.

La construction idéale exprime l'invention dans sa phase dynamique. En revanche, la construction matérielle apparaît comme un état, une entité statique¹⁷⁹. Pour cette raison, seule la construction idéale contribuera à déterminer la portée de l'invention, c'est-à-dire l'étendue de la protection conférée par le brevet. La représentation du déroulement

¹⁷⁵ Dans la littérature juridique, le terme « construction » est fréquemment utilisé dans le sens d'une nouveauté technique dénuée de toute qualité inventive ou encore dans celui d'une petite invention. Voir notamment Muller, *op. cit.*, p. 194. Blum et Pedrazzini, *op. cit.*, vol. I, ad Art. 1. Anm. 35, p. 153. Kohler : Lehrbuch, p. 98. Reimer, *op. cit.* ad § 1. Anm. 63, p. 89. Krause-Kathlun-Lindenmaier, *op. cit.* ad § 1. Anm. 46, p. 79. Stark : Das Konstruktionspatent. GRUR 1932, p. 1078. P. Greco : A propos de la distinction entre invention et modèle d'utilité. Mélanges P. Roubier, vol. II. Paris 1961, p. 467, 487. Pour M. Leyer, la construction serait une invention dont la nouveauté réside dans le principe d'assemblage des parties d'un objet. A. Leyer : Über den Rechtsschutz technischer Konstruktionen vor massgetreuer Nachahmung. 49 SJZ (1953), p. 369.

¹⁷⁶ Voir Robinson on Patent § 140 cité par Walker, *op. cit.*, p. 65 : « Until reduced to practice it — l'invention — is not a complete invention. »

¹⁷⁷ Franzosi, *op. cit.*, p. 156 et suiv. Dans le même sens F. Cueni : Erfindung und ihr Schutz. Mitt. 1952, p. 131. Cet auteur oppose la « idéale Objektivierung » de l'invention à sa « matérielle Objektivierung ».

¹⁷⁸ Ett. Luzzato, *op. cit.*, p. 95 et suiv. Voir aussi Robinson, *op. cit.*, p. 713 cité par A. Smith, *op. cit.*, p. 223.

¹⁷⁹ M. Franzosi estime que la construction matérielle peut revêtir à la fois un caractère dynamique et statique. Cette opinion est discutable car l'invention apparaît toujours comme une entité statique lorsqu'elle est considérée d'après ses éléments matériels. Voir *infra* n° 31.

du processus causal nécessite en effet l'intervention du discours analytique qui va décomposer l'invention de façon à mettre en évidence les rapports entre ses divers éléments. La construction matérielle en serait bien incapable car elle ne fixe qu'un seul maillon de la chaîne de causalité¹⁸⁰. Toutefois la construction idéale ne peut jamais être complètement identifiée avec l'invention : les concepts dont elle se sert ne sont en général que des représentations imparfaites de la réalité¹⁸¹. Une interprétation du brevet se révélera donc nécessaire¹⁸².

CONCLUSION.

40. Dans ce premier chapitre, nous nous sommes efforcés de dégager le caractère spécifique de l'objet du droit d'auteur et de celui des brevets d'invention. Notre étude nous a conduit à rejeter, comme critère de distinction, l'alternative classique du Beau et de l'Utile. Nous avons été ainsi amenés à voir dans l'œuvre protégée par le droit d'auteur une expression dont la fonction est de communiquer un certain contenu, une certaine connaissance au monde extérieur. L'œuvre représente ainsi un objet de jouissance immédiate. N'exerçant qu'une fonction représentative, l'œuvre possède un caractère éminemment statique. En revanche, nous avons insisté sur le caractère dynamique de l'invention. Celle-ci se définit en effet comme un procédé, une succession d'actions de nature à produire un résultat technique en vue de la satisfaction d'un besoin social. Nous avons également distingué l'essence immatérielle du procédé du caractère matériel du résultat — produit ou résultat au sens étroit — dont la seule existence justifie pourtant l'octroi de la protection légale. La jouissance procurée par le bien immatériel est dès lors indirecte car si son utilité découle du résultat, il ne suffit pas de faire connaître l'invention, il faut encore l'appliquer pour que ce résultat survienne effectivement.

On constate donc que bien loin de s'exclure, droit d'auteur et droit des brevets d'invention peuvent parfaitement être invoqués simultanément à l'égard d'une même réalisation. Par exemple et tandis que l'application d'une nouvelle connaissance technique¹⁸³, d'un nouveau rapport de causalité entre des phénomènes naturels va mettre en œuvre le régime des brevets d'invention, l'expression de cette nouvelle con-

¹⁸⁰ Voir *supra* n° 32.

¹⁸¹ Voir Troller : *Immaterialgüterrecht*, vol. I, p. 165.

¹⁸² Voir *infra* chapitre III n° 86.

¹⁸³ Sur la coexistence des divers régimes de propriété intellectuelle voir notamment G. Benkard : *Gesetzliche Schutzrechtsformen und ihre Beziehung zueinander*. GRUR 1932, p. 771 et suiv. L. Sordelli : *Manifestazione e finalità di forme di prodotti e protezione giuridica*, p. 217.

naissance résultant de l'exposé du brevet pourra donner prise à un droit d'auteur¹⁸⁴. Toute comparaison, sur un plan horizontal, des créations de l'esthétique et de la technique serait donc vaine car celles-ci se situent à des niveaux différents, les unes relevant de l'esprit cognitif, les autres trouvant leur aboutissement dans le domaine pratique. Cette affirmation s'imposera avec encore plus de force lorsque nous examinerons les problèmes afférant à la délimitation de l'aire de protection conférée par chacun des régimes, c'est-à-dire lorsque nous opposerons la forme à l'idée dans le droit de la propriété intellectuelle.

¹⁸⁴ Voir Reimer, *op. cit.* ad § 26. Anm. 47, p. 999.

CHAPITRE II

LA CRÉATION DANS LE DROIT D'AUTEUR ET DANS LE DROIT DES BREVETS D'INVENTION

PREMIÈRE SECTION :

NOTIONS GÉNÉRALES

§ 1. L'INCIDENCE DU PROBLÈME SUR LE STATUT JURIDIQUE DES CRÉATIONS DE FORMES D'OBJETS INDUSTRIELS.

41. La notion de création constitue la pierre d'angle de tout le droit de la propriété intellectuelle ; il n'est certes pas question ici d'en traiter tous les aspects d'une manière exhaustive. Toutefois l'analyse du concept de la création dans le régime du droit d'auteur et dans celui des brevets d'invention revêt une importance considérable pour notre étude. Il s'agira en effet de décider si à l'intérieur de chacun de ces groupes de manifestations intellectuelles, il est possible d'établir une hiérarchie, une échelle des valeurs créatrices. On sait que dans certains pays, le droit positif considère les créations de formes d'objets industriels comme des prestations intellectuelles relevant du genre des productions esthétiques ou techniques mais dont le niveau de création est insuffisant pour pouvoir prétendre à la protection complète qu'offrent le régime du droit d'auteur et celui des brevets d'invention. Le droit positif de ces pays a, en effet, édicté deux groupes de normes — loi sur les dessins et modèles industriels, loi sur les modèles d'utilité — qui, dans cette conception, représentent en réalité des sous-catégories de chacun de ces régimes¹⁸⁵. Dans un tel système, les créations de formes d'objets industriels ne bénéficient pas d'un statut juridique autonome. Tout en possédant les mêmes caractéristiques génériques que les œuvres esthétiques ou les inventions techniques, elles s'en distingueraient par le

¹⁸⁵ Voir *supra* n° 2.

degré d'originalité inférieur qu'elles traduiraient¹⁸⁶. La légitimité d'une telle option dépend en grande partie de la question de savoir si l'originalité que démontre un bien immatériel est susceptible d'être graduée : en d'autres termes, est-il possible à l'intérieur d'un genre homogène de productions intellectuelles de fixer une échelle des valeurs qui soit suffisamment définie pour permettre l'attribution d'une réalisation intellectuelle à un groupe de normes plutôt qu'à un autre ? Seule une étude générale du bien immatériel en tant que création de l'esprit peut donner une réponse à cette question.

§ 2. LA RELATIVITÉ DE LA NOTION DE CRÉATION.

42. Celui qui enrichit la collectivité par l'apport d'une valeur nouvelle doit pouvoir bénéficier d'une façon exclusive et pendant une durée limitée des fruits de sa création. Ce principe, qui remonte à l'école du droit naturel, paraît toujours incontesté, du moins dans les pays de culture occidentale¹⁸⁷. L'octroi d'un droit privatif au créateur qui a fait progresser l'humanité dans les domaines culturels et techniques constitue ainsi un des fondements de cette discipline juridique qu'est la propriété intellectuelle. Cette importance du phénomène de la création se reflète dans les systèmes de droit positif de tous les Etats civilisés. Par exemple le paragraphe 2, alinéa 2 de la loi allemande du 9 septembre 1965 sur le droit d'auteur et les droits voisins protège les œuvres littéraires, artistiques et scientifiques qui se qualifient comme des créations personnelles de l'esprit — *persönliche, geistige Schöpfungen* —. La loi française du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique déclare à son article premier que l'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre d'un droit de propriété incorporelle, exclusif et opposable à tous « du seul fait de sa création ». En droit suisse, le Tribunal fédéral définit l'œuvre protégée par un droit d'auteur comme « une création originale... qui incorpore une idée créatrice »¹⁸⁸. Le terme

¹⁸⁶ M. Fikentscher, *op. cit.*, p. 139 a qualifié le droit des dessins et modèles industriels de « *kleines Kunsturheberrecht* » et le droit des modèles d'utilité de « *kleines Patentrecht* ».

¹⁸⁷ Au XVIII^e siècle, les philosophes et théoriciens du droit considéraient que la création d'une valeur nouvelle, esthétique ou technique, constituait au profit de son auteur un droit de propriété qui avait son origine dans le droit naturel. Les législations datant de ce siècle portent l'empreinte de cette philosophie. Ainsi la Section 8, clause 8 de la Constitution américaine de 1787, déclare que « *the Congress shall have power ... to promote the progress of sciences and useful arts, by securing for limited times to authors and inventors the exclusive right to respective writing and discoveries* ». Voir aussi en France la législation datant de la période révolutionnaire et notamment la loi du 7 janvier 1791 sur les brevets d'invention. Sur les développements historiques du droit de la propriété intellectuelle, voir surtout R. Franceschelli : *Trattato di diritto industriale*, Parte generale, vol. I, p. 369 et suiv.

¹⁸⁸ ATF 4 décembre 1951 77 II 377, 379.

« création » marque également tout le domaine des brevets d'invention. Une des conditions de protection de l'invention technique posée par notre instance suprême est « la présence d'une idée créatrice qui dépasse ce qui était à la portée de l'homme de métier ayant une bonne formation »¹⁸⁹. Création originale, idée créatrice, voilà des termes bien difficiles à définir et pourtant ils sont au cœur des problèmes que pose au juriste l'application des normes de la propriété intellectuelle.

Si étymologiquement le terme « création » évoque l'idée de quelque chose qui a été tiré du néant, on conçoit difficilement que l'homme soit un véritable créateur. Cela paraît en tout cas incontestable pour ce qui concerne le régime des brevets d'invention. L'invention se caractérise en effet comme un processus causal particulier, isolé de l'ensemble des rapports de cause à effet que constitue le monde de la technique. L'invention forme donc une partie d'un tout cohérent et de ce fait apparaît comme solidaire et dépendante des règles techniques préexistantes¹⁹⁰. Les exemples abondent dans ce sens ; un des plus célèbres, celui du phonographe d'Edison qui doit presque tout au paléographe de Charles Cros¹⁹¹. Cette vérité semble moins évidente dans le domaine de l'art où la création est libérée de toute contingence imposée par les phénomènes naturels. Toutefois, concevoir la création artistique comme totalement individuelle, c'est-à-dire comme devant tout à l'artiste et rien au monde qui l'entoure serait une vue de l'esprit : tout d'abord parce que l'artiste ne crée pas ses moyens d'expression mais qu'il les trouve

¹⁸⁹ ATF 9 juin 1937 63 II 271, JdT 1937 p. 40, 41 ; voir aussi ATF 28 avril 1959 85 II 131 ; 29 juin 1963 89 II 156, JdT 1963, p. 612 ; 8 mars 1962 92 II 48. Dans la doctrine, la plupart des auteurs reconnaissent à l'invention la qualité d'une création ; voir notamment *pour la Suisse* : Troller : Immaterialgüterrecht, vol. I, p. 160. Steck : L'idée créatrice, condition de brevetabilité. Genève 1945, p. 28. J. Jenny, *op. cit.*, p. 31. Matter, *op. cit.*, p. 22 a. E. Offermann : Rechtswissenschaftliche Untersuchungen zum Erfindungsbegriff mit besonderer Berücksichtigung der Frage des technischen Fortschrittes. Zürich 1949, p. 74 et suiv. En sens contraire, voir cependant Blum et Pedrazzini, *op. cit.*, vol. I ad Art. 1. Anm. 20, p. 118 et suiv. Ces auteurs nient que l'invention soit une création au sens psychologique du terme ; mais et comme il le sera démontré plus loin, ce n'est pas dans ce sens que le droit considère le phénomène de la création.

Pour l'Allemagne : Kohler : Handbuch, p. 83. A. Osterrieth : Lehrbuch des gewerblichen Rechtsschutzes. Leipzig 1908, p. 60. A. Elster : Urheber und Erfinder-, Warenzeichen- und Wettbewerbsrecht, p. 284. Krause-Kathlun-Lindenmaier, *op. cit.* ad § 1. Anm. 18, p. 48. Klauer-Möhrling, *op. cit.*, p. 63. Tetzner, *op. cit.* ad § 1. Anm. 3, p. 37. Schramm Die schöpferische Leistung, p. 194.

Pour l'Italie : M. Rotondi : Diritto industriale. Padoue 1954, p. 176. Ghiron, *op. cit.*, p. 11. Auletta, *op. cit.*, p. 271. Greco, *op. cit.*, p. 381. Ascarelli, *op. cit.*, p. 353 et suiv.

Pour la France : Roubier, *op. cit.*, vol. II, p. 3. A. Casalonga, *op. cit.*, p. 91, 94.

¹⁹⁰ Dans ce sens Are, *op. cit.*, p. 39. Franzosi, *op. cit.*, p. 110. Hubmann : Gewerblicher Rechtsschutz, p. 78. Steck, *op. cit.*, p. 31.

¹⁹¹ Les deux inventions sont tellement proches l'une de l'autre que l'on peut se demander si Edison mérite vraiment le titre de père du phonographe ; voir sur ce point P. Rousseau, *op. cit.*, p. 224 et suiv.

dans la nature — par exemple le marbre pour le sculpteur — ou que ceux-ci lui ont été légués par le fond commun de la culture — mots pour le poète, l'écrivain —¹⁹². Ensuite, parce que la plupart des œuvres d'aujourd'hui ont été influencées par les chefs-d'œuvre du passé. Enfin parce que l'objet de l'expression, c'est-à-dire le thème, le sujet n'a pas été conçu par l'auteur mais provient de la réalité extérieure¹⁹³. Dans la peinture figurative et la sculpture, la nature fournit elle-même les éléments — paysage par exemple — qui vont servir de support à l'expression artistique. Le lien entre la création et la réalité extérieure est encore plus ferme dans les œuvres scientifiques et historiques : ici les matériaux qui vont être élaborés par l'auteur sont donnés par des lois physiques ou chimiques, là par des événements du passé. Enfin dans les œuvres où l'objet n'est pas déterminé a priori — par exemple les œuvres de l'art abstrait, les œuvres musicales — ce sont les sentiments, les états d'âme que l'auteur ressent qui constituent l'objet de l'expression¹⁹⁴. La joie, la tristesse, l'amour, la haine ne naissent que sous l'influence du monde extérieur qui agit ainsi comme stimulant de l'activité créatrice¹⁹⁵. L'œuvre se définit par conséquent comme « le résultat d'une mise en forme d'éléments qui sont fournis à l'artiste par l'univers, c'est-à-dire par le monde qui l'entoure »¹⁹⁶. L'œuvre résulte ainsi de la combinaison d'un ensemble de parties dont certaines proviennent du patrimoine culturel préexistant ou de la réalité extérieure, les autres étant tirées du propre fond de l'artiste¹⁹⁷. Dès lors et quel que soit le domaine où se manifeste l'esprit humain — technique, esthétique —, il ne peut y avoir de création au sens absolu du terme ; la création possède donc toujours un caractère relatif¹⁹⁸. Selon les termes de

¹⁹² Voir Troller : *Immaterialgüterrecht*, vol. I, p. 434, et Schramm : *Die schöpferische Leistung*, p. 43.

¹⁹³ S'inspirant de l'esthétique de Nicolas Hartmann, M. Troller distingue la « Materie » — moyens d'expression de l'artiste — et le « Stoff » — sujet, thème traité par l'auteur. L'œuvre esthétique consiste alors dans la mise en forme de la « Materie » et du « Stoff ». Voir Troller : *Immaterialgüterrecht*, vol. I, p. 434. Sur l'importance de la distinction voir *infra* chapitre III.

¹⁹⁴ Voir *supra* n° 26. En sens contraire, Troller qui considère que dans ces œuvres, le « Stoff » fait défaut. Troller : *Immaterialgüterrecht*, vol. I, p. 434.

¹⁹⁵ Voir dans ce sens Are, *op. cit.*, p. 46. Hubmann : *Das Recht des schöpferischen Geistes*, Berlin 1954, p. 17. *Id.* : *Urheber- und Verlagsrecht*, p. 29. Schramm : *Die schöpferische Leistung*, p. 74 et suiv. Steck, *op. cit.*, p. 32.

¹⁹⁶ Philippot, *op. cit.*, p. 274. Le lien de dépendance de l'œuvre esthétique avec le monde extérieur est reconnu par de nombreux historiens de l'art ; voir notamment Nedoncelle, *op. cit.*, p. 22.

¹⁹⁷ Pour une définition du patrimoine culturel commun, voir M. Kummer, *op. cit.*, p. 51.

¹⁹⁸ La relativité de la création en matière de droit d'auteur paraît admise par la doctrine dans sa grande majorité. En plus des auteurs déjà mentionnés dans ce paragraphe, on peut citer : Ball, *op. cit.*, p. 1 et suiv. Voigtländer-Elster-Kleine : *Gesetz, betreffend das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst sowie an Werken der bildenden Kunst und der Photographie*. Berlin

M. Steck, cette notion implique l'idée d'une « transformation de quelque chose de préexistant pour en faire une valeur nouvelle »¹⁹⁹. Tout le problème réside dans l'identification de cette valeur nouvelle, dans la qualification de cet apport de l'auteur ou de l'inventeur à la collectivité qui seul justifie l'octroi d'un droit exclusif²⁰⁰.

§ 3. LA DOUBLE SIGNIFICATION DU TERME « CRÉATION ».

43. Le terme « création » possède une double signification : il caractérise soit l'acte psychologique qui donne naissance à la valeur nouvelle, soit le résultat de cet acte, c'est-à-dire la chose créée et objectivée dans la réalité extérieure à l'auteur ou à l'inventeur. Dans son premier sens le terme « création » exprime une cause, dans son second sens un effet. De la même manière le terme « invention » peut désigner le processus mental qui donne naissance à une nouvelle connaissance — cause — ou la nouvelle connaissance issue de ce processus²⁰¹. Le législateur a créé une certaine ambiguïté en désignant le bien immatériel soumis au régime des brevets d'invention par un terme qui évoque la qualité d'une production intellectuelle et non le genre auquel elle appartient. En revanche, le régime du droit d'auteur ne présente pas d'obscurités de cette nature : la notion d'œuvre suggère bien l'idée d'une entité détachée de la personne de son auteur pour constituer une réalité objectivée possédant une existence autonome et indépendante de celle de son créateur. L'équivalent sur le plan du droit des brevets d'invention de l'œuvre soumise au droit d'auteur, ce n'est pas l'invention, qualité que doivent démontrer l'une et l'autre de ces réalisations, mais bien la règle technique, c'est-à-dire la connaissance technique telle qu'elle se

1952, p. 9. Riezler, *op. cit.*, p. 214, qui cite Goethe : « Gesprächen mit Eckermann, 12. Mai 1825 : Man spricht immer von Originalität, allein was will das sagen. Sowie wir geboren werden, fängt die Welt an, auf uns zu wirken und das geht sofort bis aus Ende ... Wenn ich sagen könnte, was ich alles grössten Vorgängen und Mitlebenden schuldig geworden bin, so bliebe nicht viel übrig. » Fromm-Nordemann, *op. cit.* ad § 2. Anm. 3, p. 571. R. Wirth : Schöpfung und Erfindung. GRUR 1922, p. 57. S. Messina : La scenografia e il diritto di autore. Dir. aut. 1962, p. 114 et suiv.

¹⁹⁹ *Op. cit.*, p. 31. Certains auteurs considèrent cependant que l'invention n'est pas une création ; voir dans ce sens : Krautter : Rechtliche Natur und Inhalt des Erfinderrechtes. GRUR 1921, p. 173. Hubmann : Das Recht des schöpferischen Geistes, p. 39 et suiv. *Id.* : Gewerblicher Rechtsschutz, p. 79 et suiv. Franzosi, *op. cit.*, p. 98 et suiv. Ces auteurs interprètent la notion de création dans un sens absolu.

²⁰⁰ Hubmann : Das Recht des schöpferischen Geistes, p. 75. Roubier, *op. cit.*, vol. I, p. 110 et suiv.

²⁰¹ Franzosi, *op. cit.*, p. 5. Dans le même sens Hubmann : Gewerblicher Rechtsschutz, p. 34 et suiv., qui identifie l'acte psychologique, le processus mental, sous le terme « Erfindungsgedanke » et la connaissance technique objectivée dans la réalité sous le terme « Erfindungsidee ».

manifeste dans la réalité extérieure²⁰². Le terme « invention » paraît donc fort mal choisi.

Cette équivoque complique sérieusement la tâche du juriste quant à la méthode à suivre pour apprécier la qualité d'une prestation technique dont dépend l'octroi d'un droit privatif. Faut-il en effet s'attacher à l'acte psychologique qui a donné naissance à la règle technique ou au contraire ne considérer que l'objectivation de cet acte. En d'autres termes, doit-on mesurer la qualité de l'apport nouveau d'après la prestation subjective de l'inventeur — théorie psychologique — ou d'après l'entité produite par l'acte de création. Le problème paraît être tranché en faveur du second terme de cette alternative. Qu'il s'agisse du domaine des réalisations techniques ou de celui des productions esthétiques, seul le résultat final de l'activité intellectuelle ainsi qu'il se manifeste dans la réalité est pris en considération²⁰³. Deux sortes de raisons militent en faveur du rejet de la théorie psychologique : d'une part il paraît impossible d'analyser le processus intellectuel, la genèse de la création qui s'est déroulée dans la sphère interne de la personnalité de l'auteur ou de l'inventeur. Les moyens d'investigation actuellement à disposition ne permettent pas d'apprécier la qualité de l'acte intellectuel qui est la cause d'une réalisation ; d'autre part le droit de la propriété intellectuelle est fondé sur des considérations d'ordre économique et social. Il ne s'agit pas de récompenser par la concession d'une exclusivité, l'acte prétendument génial d'un sujet mais bien de stimuler le progrès technique ou culturel en conférant aux créateurs un monopole d'exploitation sur leur création. Par rapport à leurs concurrents, les titulaires d'un droit privatif vont ainsi être placés dans une situation privilégiée puisqu'ils sont les seuls à pouvoir exercer, à l'intérieur d'une zone délimitée par les contours du bien protégé, certaines prérogatives définies par la loi²⁰⁴. Or cette situation de monopole n'est légi-

²⁰² Dans le langage courant, on parle aussi bien d'inventions techniques que d'inventions littéraires ou artistiques. Voir *supra* n° 17.

²⁰³ La théorie dite psychologique a été écartée par la plupart des auteurs ; voir notamment : J. Kohler : *Deutsches Patentrecht*. Mannheim-Strasbourg 1873, p. 4. Reimer, *op. cit.* ad § 1. Anm. 32, p. 51. Krause-Kathlun-Lindenmaier, *op. cit.* ad § 1. Anm. 18, p. 48. Klauer-Möhring, *op. cit.* ad § 1. Anm. 12, p. 90. Tetzner, *op. cit.* ad § 1. Anm. 47, p. 84. Matter, *op. cit.*, p. 18 a, 25 a. A. Martin-Achard : Questions actuelles dans le domaine du droit et de la procédure en matière de brevets d'invention : Actes de la société suisse des juristes. ZSR (NF) 1944, vol. 63, p. 155 a. Steck, *op. cit.*, p. 41. Ascarelli, *op. cit.*, p. 548. Franzosi, *op. cit.*, p. 96. En droit américain l'abandon de la théorie psychologique est consacrée par une disposition spéciale de la loi sur les brevets d'invention — Patent Codification Act de 1952, § 103 USC : « Patentability shall not be negatived by the manner in which the invention was made. »

²⁰⁴ La fonction économique des droits de propriété intellectuelle est toujours sujette à controverse : certains auteurs la juge inconciliable avec la structure du droit d'auteur, notamment en raison des droits de nature non patrimoniale

time que si elle est fondée sur la qualité de l'apport fait par le sujet indépendamment de toute circonstance ayant trait à sa personne. Il importe peu en effet que l'effort intellectuel qui est à l'origine du bien produit ait été particulièrement intense. Du moment que celui-ci ne se concrétise pas dans un résultat qui enrichit la collectivité, qui pour cette dernière représente une valeur nouvelle, l'octroi d'une exclusivité et partant d'une situation économiquement privilégiée ne se justifie pas. Seule la nature du résultat et non la manière dont celui-ci est obtenu est donc déterminante pour le droit²⁰⁵. Mais si la qualité dont dépend la protection légale s'apprécie en fonction du seul résultat, cela ne veut pas dire que l'acte dont ce résultat est issu reste à l'écart de toute considération juridique. Toutefois son intervention est médiate, indirecte en ce sens que l'acte doit se refléter dans la chose créée. En d'autres termes cette dernière doit porter les « stigmates » de l'activité créatrice²⁰⁶. Cela signifie que l'acte intellectuel, le processus mental va être transposé sur un plan purement objectif. Cette constatation nous amène à résoudre deux ordres de question : il faudra tout d'abord définir le schéma typique du processus de création, c'est-à-dire déterminer d'une manière générale et abstraite quelles sont les formes de l'esprit humain que toute création met à contribution ; en second lieu l'on devra établir comment cette activité créatrice doit se traduire dans la chose créée et indiquer quels sont les concepts juridiques qui la représentent.

qui compétent à l'auteur — Droit moral de l'auteur — voir notamment Troller : *Immaterialgüterrecht*, vol. I, p. 121. On peut observer à l'encontre d'une telle théorie que les droits non patrimoniaux de l'auteur trouvent leur protection naturelle dans les dispositions du Code civil relatives aux droits de la personnalité — Art. 28 CCS — de sorte que la sauvegarde des intérêts personnels de l'auteur se trouve assurée indépendamment de toute application des règles sur le droit d'auteur. En revanche, l'application du régime est indispensable pour protéger l'auteur dans l'exploitation économique de son œuvre. Du reste et s'il est vrai que le droit d'auteur naît du seul fait de la création, il n'en demeure pas moins que les prérogatives qu'il confère n'offrent d'intérêt que si l'œuvre est exploitée, c'est-à-dire lorsqu'elle est devenue un bien économique. Voir dans ce sens : Elster, *op. cit.*, p. 4 et suiv. Fikentscher, *op. cit.*, p. 137, 277 et suiv. Roubier, *op. cit.*, vol. I, p. 86 et suiv., 104 et suiv. R. Franceschelli, *op. cit.*, vol. I, p. 3 et suiv., vol. II, p. 537 et suiv. M. Pedrazzini : *Gedanken zur Neuheit*. Ufita 1964 II, p. 262. *Id.* : *Die Weiterentwicklung technischer Schutzrechte : Revolution der Technik, Evolutionen des Rechts ; Festgabe für Karl Offinger*. Zürich 1969, p. 207 et suiv. R. de Graffenried : *Grundlagen und gegenseitiges Verhältnis der Normen des gewerblichen Rechtsschutzes*. Bern 1952, p. 8 et suiv. R. Lienhard : *Das Wettbewerbsmoment im Urheberrecht*. Berne 1944, p. 19 et suiv. B. von Büren : *Über das Verhältnis des geistig-gewerblichen Rechtsschutzes zum Wettbewerbsrecht*. ZSR (N.F.) 1947, vol. 83 et suiv.

²⁰⁵ Voir notamment les auteurs cités sous note 261. Voir aussi R. Blum : *Schutz der Immaterialgüter vor sklavischer Nachahmung auf technischem Gebiet*. Zürich 1947, p. 37 et suiv.

²⁰⁶ Schramm : *Die schöpferische Leistung*, p. 209 ; voir aussi BGH 29 mars 1957, NJW 1957, p. 1108 : « Entscheidend ist, ob ein künstlerisches Schaffen vorliegt, das sich im Bauwerk objektiviert hat. »

§ 4. IDENTIFICATION DES FACULTÉS CRÉATRICES DE L'ESPRIT.

A) *L'intelligence conceptuelle.*

44. Identifier les formes de l'esprit qui sont à l'origine d'une création n'est pas chose facile : philosophes, psychologues, juristes ont à de nombreuses reprises affronté ce problème sans pour autant se mettre d'accord. Certains attribuent la faculté de créer à l'intuition, d'autres à l'imagination, d'autres enfin à la fantaisie²⁰⁷. En revanche, de l'avis de tous, l'intelligence serait incapable d'une création quelconque. Au chapitre précédent, l'intelligence a été définie comme cette forme de l'esprit qui produit et combine des concepts, c'est-à-dire des représentations générales et abstraites exprimant des rapports entre des choses ou des phénomènes²⁰⁸. Notre intelligence forme à partir d'une réalité perçue des notions abstraites, les concepts qui désignent les propriétés, les attitudes communes d'une classe d'objets. Le concept ne possède aucune valeur en soi ; c'est un signe identifiant un objet par l'utilité que l'on peut en tirer²⁰⁹.

La logique, forme de raisonnement propre à toute l'humanité²¹⁰, caractérise le travail de notre intelligence, les mécanismes de la pensée conceptuelle. Partant de données ou prémisses, l'homme parvient à l'aide d'un syllogisme à un résultat qui découle nécessairement, obligatoirement de l'énoncé des prémisses ; le résultat, l'aboutissement du syllogisme peut être certes obtenu pour la première fois ; mais il est toujours implicitement, potentiellement contenu dans les prémisses : n'importe qui aurait pu l'atteindre au moyen d'un même syllogisme²¹¹. Ainsi Bergson a dit de l'intelligence qu'elle n'admet pas l'imprévisible « qu'elle rejette toute création ». Avec l'intelligence, enseigne le grand philosophe français « nous avons toujours affaire à du connu qui se compose avec du connu, et en somme à de l'ancien qui se répète »²¹². Cette formule de Bergson illustre d'une façon particulièrement suggestive les propriétés de l'intelligence : toute création serait impossible dès lors que seul le raisonnement logique intervient. Le recours à l'intelligence n'exclut certes pas le développement des connaissances ; toutefois celui-ci se situe sur un plan continu : chaque étape franchie est le corollaire naturel, évident de l'étape précédente.

²⁰⁷ Par exemple Schramm : *Die schöpferische Leistung*, p. 23.

²⁰⁸ Voir *supra* n° 23.

²⁰⁹ Voir Schramm : *Die schöpferische Leistung*, p. 12. Troller, *op. cit.*, p. 456.

²¹⁰ Voir Hubmann : *Das Recht des schöpferischen Geistes*, p. 23 et suiv.

²¹¹ Franzosi, *op. cit.*, p. 112. Schramm : *Die schöpferische Leistung*, p. 28.

²¹² H. Bergson : *L'évolution créatrice*, p. 164.

B) *L'imagination et l'intuition.*

45. Lorsque l'on attribue le pouvoir créateur à l'imagination, à l'intuition ou à la fantaisie, on évoque en réalité, même si ces termes ne sont pas tout à fait synonymes, cette autre forme de l'esprit qui produit et combine des images. Le monde extérieur agit sur nous comme un excitant ; en percevant par nos sens les objets du monde extérieur, nous suscitons en nous des images. Celles-ci vont être conservées dans notre mémoire pour être ensuite utilisées au fur et à mesure de nos besoins. Ces images ainsi stockées dans notre mémoire peuvent alors subir différentes sortes de traitement : nous pouvons dépouiller l'image de tout pouvoir évocateur et n'en garder que la représentation de l'attitude utile que nous suggère l'objet — l'image s'élève à l'abstraction du concept —. C'est là le travail de notre intelligence qui abstrait de l'objet une idée générale exprimant l'une de ses qualités susceptibles de satisfaire nos besoins²¹³. Mais nous pouvons aussi reproduire à volonté l'image concrète de cet objet hors de sa présence, et cela de deux manières : soit que nous représentions l'objet tel que nous l'avons perçu soit que nous en déformions l'image, la représentation s'affranchissant alors du monde sensible²¹⁴. Mais qu'elle demeure fidèle à la réalité ou qu'elle s'émancipe du monde extérieur, cette reproduction aura toujours un caractère individuel qui reste lié à la personnalité d'un sujet déterminé. A l'origine de toute image il y a notre perception du monde qui nous entoure et celle-ci est purement subjective, chacun d'entre nous possédant une vision personnelle de la réalité extérieure²¹⁵.

Notre pouvoir créateur résulte ainsi de cette faculté de reproduire des images plus ou moins fidèles à la réalité et cela en l'absence de cette réalité. Grâce à cette faculté que par commodité nous désignerons sous le terme d'imagination ou d'intuition²¹⁶, nous pouvons recréer à partir du monde sensible « un monde étranger au réel »²¹⁷.

Que l'imagination soit à la base de toute création littéraire²¹⁸ ou artistique semble être une proposition évidente, mais que cette faculté intervienne également dans le domaine scientifique ou technique paraît plus discutable. La science, forme supérieure de l'intelligence conceptuelle, s'oppose à première vue à l'imagination qui relève du domaine de l'esthétique ou de l'expression. Pourtant l'imagination et l'esprit

²¹³ Voir Schramm : *Die schöpferische Leistung*, p. 12 et suiv.

²¹⁴ Bernis, *op. cit.*, p. 5.

²¹⁵ Schramm : *Die schöpferische Leistung*, p. 11 et suiv., 75 et suiv. Hubmann : *Das Recht des schöpferischen Geistes*, p. 25 et suiv. M. Rintelen : *Urheberrecht und Urheberverlagsrecht*. Vienne 1958, p. 45. Desbois, *op. cit.*, p. 5.

²¹⁶ Sans aucune prétention scientifique.

²¹⁷ A. Malraux : « La monnaie de l'absolu », 1950, p. 122.

²¹⁸ Dans la création littéraire, le mot n'est plus un moyen de traduire l'attitude utilitaire d'un objet ; il devient expression, image d'une réalité. Troller : *Immaterialgüterrecht*, vol. I, p. 456 et suiv.

logique, bien loin de s'exclure, vont coopérer dans la recherche scientifique ou technique. Certes l'imagination scientifique ou technique travaille sur des matériaux différents de ceux à partir desquels va jaillir l'expression artistique. Il ne s'agira plus de représenter concrètement une portion du monde extérieur d'après la vision personnelle d'un sujet déterminé, mais de combiner d'une façon nouvelle des idées générales. L'imagination scientifique ou technique porte ainsi sur des concepts dont le degré d'abstraction varie selon la nature des sciences et la branche de la technique envisagée²¹⁹. Comment se manifeste l'imagination scientifique ? Selon Laplace, elle consiste à « rapprocher des idées susceptibles de se joindre et qui étaient isolées jusque-là »²²⁰. L'imagination permet donc de découvrir de nouvelles relations entre les choses qui ne semblaient avoir aucune affinité quelconque²²¹. Madame Jeanne Bernis nous décrit l'attitude du savant qui soupçonne l'identité de la foudre et de l'étincelle électrique : « il (le savant) s'attache à la lumière, à la direction en zig-zag, à la rapidité du mouvement, à sa facilité de se laisser conduire ; il franchit en imagination tout l'intervalle qui sépare la nuée étincelante et la majesté des orages du mince appareil électrique... Malgré la diversité des apparences, il voit l'unité dans la même cause. L'acte imaginatif est tout entier dans ce rapprochement à la fois spontané et cependant précédé de réflexions²²². » La part du raisonnement logique dans la découverte scientifique ou dans l'invention technique n'est toutefois pas négligeable ; cependant il n'intervient qu'a posteriori. A l'aide du raisonnement logique, le savant va pouvoir vérifier l'hypothèse qu'il a avancée : « le raisonnement n'est qu'un moyen de contrôle et de justification ; il transforme l'œuvre de l'imagination en conséquences acceptables et logiques. »²²³

La présence de l'imagination, de l'intuition, doit donc se manifester dans toutes les inventions, qu'elles soient esthétiques, scientifiques ou techniques²²⁴. Elle est ainsi à l'origine de toute création. Il nous faut maintenant examiner comment se traduit, sur le plan juridique, cette présence de l'imagination qui préside à toutes les créations de l'esprit humain.

²¹⁹ Voir Ribot : *Essai sur l'imagination créatrice*, p. 209.

²²⁰ Cité par Ribot.

²²¹ B. Croce : *Logica come scienza del concetto puro*. Bari 1958, p. 27.

²²² J. Bernis, *op. cit.*, p. 114.

²²³ Ribot, *op. cit.*, p. 204.

²²⁴ M. Rousseau dans son ouvrage « L'invention est une aventure », Paris, 1965, nous démontre, à travers une histoire des grandes inventions, que celles-ci n'ont été possibles que grâce à un acte imaginatif de leur auteur.

SECTION II :

LA NOUVEAUTÉ DANS LE DOMAINE DU DROIT D'AUTEUR
ET DANS CELUI DES BREVETS D'INVENTION§ 1. POLYVALENCE DE LA NOTION DE NOUVEAUTÉ DANS LE DROIT
DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE.

46. Pour qu'une production puisse être qualifiée de création il faut en premier lieu qu'elle soit nouvelle au sens objectif du terme, c'est-à-dire qu'elle se distingue par certaines caractéristiques de ce qui existe déjà, de ce qui fait partie du fond commun de la culture ou de la technique²²⁵. Il est évident que si une réalisation ne diffère en rien des choses pré-existantes on ne saurait parler d'apport créateur. Nouveauté et création sont donc des concepts indissociables encore que ces termes ne soient pas équivalents. Ce principe qui paraît aller de soi est loin de s'être imposé dans le droit de la propriété intellectuelle. Ainsi dans le régime des brevets d'invention, la loi fait de la nouveauté une notion extrinsèque au concept de l'invention brevetable de sorte qu'en acceptant l'hypothèse d'inventions qui ne seraient pas nouvelles, on admet implicitement que « création » et « nouveauté » sont des termes indépendants l'un de l'autre. Dans le droit d'auteur, selon l'opinion dominante, la nouveauté jouerait un rôle de second plan. Si de telles conclusions ont pu être avancées c'est parce que la littérature juridique attribue au terme « nouveauté » une signification qui diffère selon les domaines intellectuels envisagés. Mais si l'on donne à la nouveauté son seul et

²²⁵ La nouveauté d'une production intellectuelle implique toujours l'idée d'une dissemblance de cette dernière par rapport à ce qui existe ; voir dans ce sens :

Pour le droit des brevets d'invention : Blum et Pedrazzini, *op. cit.*, vol. I, ad art. 7. Anm. 2, p. 235 et suiv. Offermann, *op. cit.*, p. 135 et suiv. Reimer, *op. cit.* ad § 1. Anm. 17, p. 47. Klauer-Möhrling, *op. cit.* ad § 1. Anm. 10, p. 85. Tetzner, *op. cit.* § 1. Anm. 46, p. 83. Isay, *op. cit.* ad § 1. Anm. 23, p. 54 ; 6^e éd., p. 62. Van der Haeghen, *op. cit.*, p. 30 Roubier, *op. cit.*, vol. I, p. 110. Franzosi, *op. cit.*, p. 82.

Pour le droit d'auteur : Kummer, *op. cit.*, p. 30, 67. Fromm-Nordemann, *op. cit.* ad § 2, p. 57. Schramm : Die schöpferische Leistung, p. 105. Riezler, *op. cit.*, p. 214. Rintelen, *op. cit.*, p. 45. Hubmann : Urheber- und Verlagsrecht, p. 33. Ulmer, *op. cit.*, p. 105. Are, *op. cit.*, p. 51. L. di Franco : Le opere dell'ingegno di carattere creativo nella nuova legge sul diritto d'autore. Riv. dir. com. 1942, I, p. 44. M. Pedrazzini : Gedanken zur Neuheit. Ufita 1964, p. 262.

véritable sens, on constate alors qu'elle constitue l'élément primordial de toute création intellectuelle. Parmi l'ensemble des branches du droit privé, la propriété intellectuelle est celle qui se singularise le plus par l'emploi de concepts obscurs souvent inutiles et qui complique des situations déjà suffisamment complexes par elles-mêmes. Ainsi en est-il de la notion de nouveauté. La doctrine et la jurisprudence établissent à son égard deux grandes distinctions : on oppose généralement la nouveauté subjective à la nouveauté objective, la nouveauté matérielle à la nouveauté formelle. Nous allons examiner ci-après la pertinence de ces distinctions.

§ 2. NOUVEAUTÉ MATÉRIELLE ET NOUVEAUTÉ FORMELLE.

47. La distinction entre la nouveauté matérielle et la nouveauté formelle concerne le régime des brevets d'invention. Selon l'opinion dominante, la nouveauté matérielle constituerait un attribut nécessaire de l'invention alors que la nouveauté formelle serait une condition prévue spécialement par le droit des brevets qui rend l'invention brevetable. Toujours selon cette même opinion dominante, une chose peut être considérée comme nouvelle au sens matériel du terme lorsque par rapport à un état de choses préexistant elle présente certaines différences. La diversité entre plusieurs choses comparées les unes aux autres caractériserait donc la nouveauté matérielle — Anderssein —. On dit en revanche qu'une chose est nouvelle sous l'angle formel lorsque cette chose, bien qu'existant depuis un certain temps, vient pour la première fois à notre connaissance. La nouveauté formelle renvoie donc à la connaissance que l'on peut avoir d'une chose — Unbekanntsein —. Elle implique toujours une notion de temps et d'espace puisqu'il faudra établir à partir de quand et où une chose est réputée connue ²²⁶.

²²⁶ Sur la distinction entre nouveauté formelle et nouveauté matérielle, voir surtout Offermann, *op. cit.*, p. 132 et suiv. Voir aussi Blum et Pedrazzini, *op. cit.*, vol. I ad Art. 7. Anm. 3, p. 336 et suiv. Troller : Immaterialgüterrecht, vol. I, p. 222 et suiv. Voir aussi les auteurs aliemands cités sous note 291. Il faut relever toutefois que Tetzner associe la notion de nouveauté matérielle à une différence d'ordre qualitative ; il en résulte que pour qu'une règle technique soit nouvelle au sens matériel, il ne suffit pas qu'elle démontre par rapport à un état de choses antérieur une dissemblance ; il faut encore que cette dissemblance soit dotée d'une certaine qualité. La nouveauté matérielle suppose donc dans cette conception, un « Besserssein » ou encore un « Mass des Andersseins ». Elle vient alors empiéter sur le domaine attribué à l'originalité : voir Tetzner, *op. cit.* ad § 1. Anm. 46, p. 83. Dans le même sens Pietzcker : Patentgesetz und Gebrauchsmusterschutzgesetz. Berlin 1929, vol. I ad § 2. Anm. 2, cité par Blum et Pedrazzini, *op. cit.*, vol. I ad art. 7. Anm. 2, p. 337. Avec la condition de « novità intrinseca » c'est également une différence d'ordre qualitatif que le droit italien paraît exiger. Voir notamment Cass. 7 décembre 1960, Riv. dir. ind., II, p. 339 et suiv. avec note Franzosi ; Cour de Milan 21 octobre 1955, Riv. propr. intell. ed. ind. 1955, p. 165 et suiv. avec note Ett. Luzzato. Voir aussi Ascarelli, *op. cit.*, p. 549. Greco, *op. cit.*, p. 117.

Les dispositions légales relatives à la nouveauté formelle sont toutes construites sur le même schéma. Par exemple et après avoir mentionné à son article premier que « des brevets d'invention sont délivrés pour des inventions nouvelles », la loi fédérale du 25 juin 1954 sur les brevets d'invention déclare à son article 7 :

Sera réputée nouvelle l'invention qui, avant le dépôt de la demande de brevet

- a) n'aura pas été divulguée en Suisse de manière à pouvoir être exécutée par l'homme de métier ;
- b) n'aura pas été exposée dans des publications par l'écrit ou par l'image de manière à pouvoir être exécutée par l'homme de métier ²²⁷.

On observe que cette disposition envisage la nouveauté sous l'angle de « l'Unbekanntsein », c'est-à-dire en ne considérant que le moment de l'apparition de l'objet dans le champ de notre connaissance. Ce faisant, la loi dissocie arbitrairement les deux aspects de la nouveauté — Anderssein, Unbekanntsein — alors que ceux-ci forment en réalité un tout inséparable. Cette distinction va créer sur le plan de la théorie générale deux catégories d'inventions. En effet, lorsque le droit, en particulier le droit suisse, se réfère aux inventions nouvelles, il exclut par là la nouveauté de la définition de l'invention et la ramène à une condition de brevetabilité qui demeure extrinsèque au concept de l'invention ²²⁸. Dans cette optique, une règle technique qui, au sens de l'article 7 L.B. aurait été divulguée avant le dépôt de la demande, reste une invention — si elle est matériellement nouvelle — quand bien même elle ne serait plus brevetable pour défaut de nouveauté formelle, conséquence pour le moins curieuse mais qui découle directement de la distinction artificielle opérée entre la nouveauté matérielle et la nouveauté formelle. On en arrive ainsi à distinguer l'invention « tout court » de l'invention brevetable, ce qui ne se justifie ni sur un plan théorique ni sur un plan pratique.

²²⁷ A propos des dispositions légales relatives à la soi-disant nouveauté formelle, voir *pour l'Allemagne* : § 2 loi allemande du 4 septembre 1967. *Pour la France* : art. 6 de la loi du 2 janvier 1968. *Pour l'Italie* : art. 15 du décret royal du 29 juin 1939.

²²⁸ Dans le même sens : Offermann, *op. cit.*, p. 126 et suiv. Blum et Pedrazzini, *op. cit.*, vol. I ad § 7. Anm. 2, p. 336. Troller : Imaterialgüterrecht, vol. I, p. 222. Kohler : Lehrbuch, p. 178. Osterrieth, *op. cit.*, p. 59. Tetzner, *op. cit.* ad § 2. Anm. 1, p. 128.

A) *Historique de la distinction entre la nouveauté matérielle et la nouveauté formelle.*

48. En réalité la distinction entre la nouveauté matérielle et la nouveauté formelle n'a plus qu'une valeur purement historique. On peut s'étonner dès lors qu'elle ait été maintenue dans notre terminologie bien qu'elle ne joue plus aucun rôle dans le droit moderne. Certes cela n'a pas toujours été le cas. Au début de ce siècle, l'opposition entre la nouveauté matérielle et la nouveauté formelle paraissait correspondre à une situation bien déterminée : les théories de Schanze en matière de brevetabilité sont à cet égard particulièrement révélatrices. Pour cet auteur, nouveauté matérielle et nouveauté formelle sont des concepts qui ne se recouvrent pas et qui exercent chacun une fonction différente. La nouveauté matérielle fait d'une règle technique une invention ; elle participe donc à la définition de ce phénomène. Quant à la nouveauté formelle, elle rend l'invention brevetable si certaines conditions prévues par la loi sont remplies. Selon Schanze, la nouveauté matérielle implique toujours une comparaison avec un état de choses existant, les objets pris comme point de référence devant appartenir au monde de la culture occidentale — *Kulturwelt* —. Toute comparaison est en revanche absente lors de l'examen de la nouveauté formelle car il s'agit uniquement de savoir si l'objet de la demande de brevet n'a pas été divulgué prématurément c'est-à-dire si, aux termes du § 2 de la loi allemande sur les brevets d'invention, il n'a pas été utilisé publiquement en Allemagne ou exposé par écrit n'importe où dans le monde. Avec la nouveauté matérielle, on envisage donc l'invention par rapport aux règles techniques préexistantes ; avec la nouveauté formelle on la considère par rapport à elle-même. Cela signifie, dans la conception de Schanze, qu'une règle technique qui se distingue par certains caractères des connaissances antérieures provenant de la culture occidentale est matériellement nouvelle. Pour le droit elle devient une invention. Mais cette invention ne sera brevetable que si elle demeure secrète jusqu'au jour du dépôt de la demande de brevet.

Il faut cependant appliquer la théorie de Schanze dans les faits pour saisir tout le caractère artificiel d'une pareille distinction. Ainsi une règle technique conserve sa qualité d'invention quand bien même elle aurait été exposée par écrit en Chine. La Chine n'étant pas comprise parmi les nations occidentales, aucune connaissance technique émanant de ce pays ne pourra lui être opposée. L'invention n'est toutefois pas brevetable car la divulgation par écrit est, en vertu du § 2 de la loi allemande sur les brevets d'invention, destructrice de nouveauté quel que soit le lieu de cette divulgation. Par contre, cette même règle technique utilisée cette fois-ci publiquement en Italie ne constitue pas une invention car elle ne diffère en rien des connaissances techniques appartenant à la culture occidentale, l'Italie étant réputée faire partie

de l'hémisphère occidental. Mais si l'on examine cette règle technique sous le seul angle de la nouveauté formelle, elle satisfait à cette condition puisque l'usage à l'étranger, selon le même § 2 n'est pas destructeur de nouveauté. Dans les deux cas la règle n'est pas protégeable ; dans le premier cas parce qu'il s'agit d'une invention qui n'est pas nouvelle ; dans le second cas parce qu'il s'agit d'une règle technique qui, tout en étant nouvelle, ne constitue pas une invention²²⁹.

Si l'on s'est quelque peu étendu sur les théories de Schanze c'est pour montrer à quelles conséquences absurdes on s'expose lorsque l'on s'efforce de distinguer la nouveauté matérielle de la nouveauté formelle et partant de dissocier l'invention de l'invention brevetable. Cette dissociation pourrait à la rigueur avoir un sens si le droit considérait l'invention sous l'optique de la théorie psychologique, c'est-à-dire en tenant compte des circonstances concrètes de l'acte individuel dont elle est issue²³⁰. On admettrait ainsi l'existence d'une invention dès lors que l'inventeur aurait subjectivement créé une règle technique en la tirant de son propre fond. Il est évident que le droit ne pourrait se contenter de cette seule condition qui dépend uniquement de la personne de l'inventeur. Il faudrait en plus exiger que cette invention, pour être brevetable, n'ait pas été divulguée, d'où la condition de nouveauté extrinsèque à la notion d'invention²³¹. Or et comme la conception psychologique n'a plus aucune valeur aujourd'hui, on ne comprend pas pourquoi la distinction entre la nouveauté matérielle et la nouveauté formelle, qui conduit obligatoirement à séparer la notion d'invention de celle d'invention brevetable, s'est maintenue. Cela paraît d'autant plus surprenant que les auteurs qui conservent cette terminologie admettent toutefois, contrairement à l'opinion de Schanze, que le champ territorial couvert par la nouveauté matérielle est identique à celui de la nouveauté formelle²³².

²²⁹ Schanze : Was sind neue Erfindungen ? GRUR 1899 ,p. 5. *Id.* : Eigenart und Neuheit der Erfindung. GRUR 1922, p. 345. Dans le même sens : Kohler : Handbuch, p. 178. Osterrieth, *op. cit.*, p. 59. Pour un examen critique des théories de Schanze voir H. Isay : Eigenart und Neuheit der Erfindung. GRUR 1913, p. 1.

²³⁰ Voir *supra* n° 43.

²³¹ C'est en se fondant sur la conception psychologique que le Tribunal fédéral a pu considérer la nouveauté de l'invention comme une condition de brevetabilité extrinsèque à la définition de l'invention : « Wer mit schöpferischer Geistesfähigkeit ein technisches Problem löst, macht an sich eine Erfindung ohne Rücksicht darauf, ob das gleiche Problem auch von andern gelöst worden ist : nur fehlt der Erfindung ... die Neuheit. » ATF 29 janvier 1935 61 II 44, 52. Dans le même sens Weidlich et Blum : Das schweizerische Patentrecht. Berne 1936 ad art. 1. Anm. 20, p. 95 et H. Morf : Notiz über die Arbeiten des vom Europarat eingesetzten Expertenkomitees für Patentrechtsfragen. Mitt. 1956, p. 39.

²³² Notamment Offermann, *op. cit.*, p. 130. Troller : Immaterialgüterrecht, vol. I, p. 226 .

B) *Le véritable sens des dispositions légales soi-disant relatives à la nouveauté de l'invention.*

49. Les dispositions légales prétendument relatives à la nouveauté de l'invention sont rédigées de telle manière qu'elles paraissent faire de cette condition un élément distinct et autonome de l'invention, qui viendrait s'ajouter à cette dernière pour la rendre brevetable. Lorsque la loi déclare que « sera réputée nouvelle... l'invention qui n'aura pas été divulguée... ou exposée par l'écrit ou par l'image »²³³ on pourrait croire qu'une telle norme ne vise que la divulgation, avant le dépôt de la demande, de l'invention, objet de cette même demande ; interprété littéralement, le texte semble en effet limiter l'application de la règle légale au seul cas d'une révélation prématurée de l'invention par l'inventeur ou son ayant cause. En réalité, la norme exerce dans le droit des brevets d'invention une fonction beaucoup plus importante. Pour en comprendre le sens et la portée, il faut intégrer dans une définition globale les différents facteurs — *Anderssein* et *Unbekanntheit* — que la distinction entre la nouveauté formelle et la nouveauté matérielle avait arbitrairement dissociés. Ainsi une chose sera considérée comme nouvelle lorsqu'elle apparaît pour la première fois dans le champ de notre connaissance avec des caractéristiques qui la distinguent des choses déjà connues²³⁴. A première vue, cette définition semble paradoxale et voici pourquoi : si « nouveau » signifie tout d'abord différent, la notion de nouveauté va obligatoirement établir une relation entre plusieurs choses. Une chose n'est jamais nouvelle en soi ; elle l'est toujours par rapport à une autre chose²³⁵. Pour déterminer la nouveauté d'une production, l'on devra donc comparer cette dernière avec des entités qui sont déjà entrées dans le patrimoine des connaissances humaines. Mais cette comparaison n'est possible que si l'on connaît les objets à comparer ; on ne peut en effet comparer du connu qu'avec du connu de sorte qu'au moment précis où l'on établit la nouveauté d'une chose, celle-ci fait déjà partie des connaissances humaines. La contradiction paraît évidente car à l'instant où l'on dit d'une chose qu'elle est nouvelle, elle ne l'est déjà plus²³⁶. En réalité ce dilemme se résout facilement si l'on sait que la nouveauté n'est jamais une qualité durable, éternelle : la nouveauté suppose toujours l'instantanéité, ce qui oblige notre esprit à la situer

²³³ Art. 7 L.B.

²³⁴ Dans ce sens Hubmann : *Gewerblicher Rechtsschutz*, p. 82. Schramm : *Die schöpferische Leistung*, p. 179. En revanche la définition de M. Pedrazzini ne tient pas compte du facteur « *Unbekanntheit* ». Cet auteur définit la nouveauté comme « *das Anderssein des betrachteten Objekts im Vergleich zum Vorbestehenden* ». M. Pedrazzini : *Gedanken zur Neuheit*, cité sous note 225.

²³⁵ Van der Haeghen : *Le droit intellectuel*, p. 30.

²³⁶ Voir sur ce point les considérations développées par Offermann, *op. cit.*, p. 129 et suiv.

dans le temps par rapport à un point repérable dans l'écoulement de la durée. Le fait que la nouveauté cesse lorsqu'elle peut être constatée nous conduit à l'envisager rétrospectivement, dans le cours du temps. Même si l'on parle au présent d'une chose nouvelle cela signifie, à la vérité, qu'elle l'a été dans le passé, à un moment donné.

Sous cet éclairage, les dispositions soi-disant relatives à la nouveauté formelle prennent une tout autre signification : en premier lieu la norme indique ce que l'on doit tenir pour connu ; elle détermine donc par avance le matériel de comparaison — les antériorités — avec lequel l'objet de la demande de brevet sera confronté²³⁷. Mais cette précision à elle seule n'est pas suffisante ; on doit encore établir les limites à l'extension dans le temps du champ des antériorités. La norme va alors fixer une date critère à partir de laquelle la règle technique pourra faire partie des connaissances humaines sans pour autant être comprise dans les antériorités qui lui seront opposées. En d'autres termes, la loi arrête à une certaine date, celle du dépôt de la demande, un état de la technique sur la base duquel la nouveauté de l'objet de la demande pourra être appréciée. Il en résulte que la révélation prématurée de la règle technique par l'inventeur ou son ayant cause ne constitue pas, contrairement à l'opinion de Schanze, une circonstance spécialement prévue par la loi et qui fait perdre à l'invention son caractère brevetable. Cette circonstance est en effet absorbée par la définition générale des antériorités qui ressort du texte légal : la connaissance technique qui fait l'objet de la demande de brevet peut donc être opposée comme antériorité si elle a été divulguée avant la date critère au même titre que n'importe quelle autre production technique conçue indépendamment de cette dernière²³⁸. En réunissant les deux aspects — matériel et formel — de la nouveauté dans une définition unique, on constate que la loi, bien loin de caractériser la nouveauté de l'invention, ne fait en réalité que circonscrire par avance, dans le temps et dans l'espace, le domaine des antériorités. L'hypothèse d'inventions qui ne seraient pas nouvelles à la date du dépôt de la demande de brevet devient ainsi juridiquement inacceptable car on ne voit pas comment une réalisation technique qui ne se différencierait en rien de ses antériorités pourrait encore prétendre à cette qualité. Malgré le texte légal, il faut donc considérer la nouveauté comme une propriété intrinsèque au bien imma-

²³⁷ Voir dans ce sens Krause-Kathlun-Lindenmaier, *op. cit.* ad § 2. Anm. 2 et 3, p. 83. Klauer-Möhring, *op. cit.* ad § 2. Anm. 2, p. 100. Tetzner, *op. cit.* ad § 2. Anm. 1, p. 128. Reimer, *op. cit.* ad § 1. Anm. 23, p. 43, ad § 2. Anm. 1, p. 159. Id. : Der Neuheitsbegriff im deutschen Patentrecht. GRUR Ausl. 1953, p. 18 et suiv. Mediger : Die neue Erfindung. GRUR 1941, p. 390. Blum et Pedrazzini, *op. cit.* ad Art. 7. Anm. 2, p. 337. Troller : Immaterialgüterrecht, p. 227. M. Schönberg : Über den Neuheitsbegriff im schweizerischen Patentrecht. GRUR Ausl. 1953, p. 5 et suiv. Roubier, *op. cit.*, vol. I, p. 110. Franzosi, *op. cit.*, p. 55.

²³⁸ Voir Roubier, *op. cit.*, vol. I, p. 11 et suiv.

tériel protégé par le régime des brevets d'invention²³⁹. L'abandon de la distinction classique entre nouveauté matérielle et nouveauté formelle conduit nécessairement à cette conclusion.

Sur le plan du droit d'auteur, ces considérations ont une certaine importance : elles permettent en tout cas de combattre l'argumentation qui se fonde sur le silence de la loi pour affirmer que la nouveauté objective ne participe pas à l'essence de l'œuvre donnant prise à un droit d'auteur²⁴⁰. Le fait que le régime du droit d'auteur, à la différence du droit des brevets d'invention ne définit pas les antériorités opposables à l'œuvre, ne signifie pas encore que la nouveauté n'est pas un attribut nécessaire de toute création esthétique. Cette absence de définition peut être justifiée par la nature même des productions intellectuelles soumises à ce régime.

§ 3. NOUVEAUTÉ SUBJECTIVE ET NOUVEAUTÉ OBJECTIVE.

50. Un bien immatériel est nouveau au sens subjectif du terme lorsqu'il est le résultat de l'activité personnelle de son auteur, c'est-à-dire lorsque celui-ci l'a conçu d'une manière indépendante en le tirant de son propre fond sans imiter un modèle de la réalité extérieure. La nouveauté subjective établit un lien entre un individu et sa création. Elle suppose que le bien immatériel était inconnu de l'auteur au moment de sa conception.

Un bien immatériel est nouveau au sens objectif du terme lorsqu'il diffère des choses faisant partie du fond commun de la culture ou de la technique, c'est-à-dire lorsqu'on ne peut lui opposer d'antériorités. Tandis que la nouveauté subjective envisage la création dans ses rapports avec le créateur, la nouveauté objective ne considère la chose créée qu'en fonction de la réalité préexistante²⁴¹. A la nouveauté objec-

²³⁹ Les auteurs qui ont poussé l'analyse du concept de l'invention assez loin admettent tous que la nouveauté est un attribut nécessaire du bien matériel : voir notamment R. Pauli : *Begriffe Erfindung und neue Erfindung*. GRUR 1903, p. 291. Krause-Kathlin-Lindenmaier, *op. cit.* ad § 1. Anm. 17, p. 47. Klauer-Möhring, *op. cit.* ad § 1. Anm. 10, p. 830. Ohnesorge : *Der Zusammenhang zwischen Neuheit, Erfindungshöhe, Bereicherung der Technik und deren Verhältnisse zu ihren Bezugsgrundlagen*. GRUR 1939, p. 219. Franzosi, *op. cit.*, p. 60. Voir aussi Hubmann : *Gewerblicher Rechtsschutz*, p. 82, qui considère que la distinction entre la nouveauté matérielle et la nouveauté formelle ne se justifie plus.

²⁴⁰ Dans ce sens Desbois, *op. cit.*, p. 5 et suiv.

²⁴¹ Sur la définition de la nouveauté objective et subjective, voir Schramm : *Grundlagenforschung*, p. 43. *Id.* : *Die schöpferische Leistung*, p. 105. Ulmer, *op. cit.*, p. 48. Furler : *Geschmacksmustergesetz*. Cologne-Berlin-Bonn-Münich 1966, p. 30. K. Nicolini : *Die Neuheit im Geschmacksmusterrecht*. GRUR 1963, p. 407. La nouveauté relative, concept forgé par M. Furler, apparaît comme une subdivision de la nouveauté objective. La nouveauté objective peut en effet être relative selon que l'on admet ou non l'hypothèse d'une création absolue. Comme cette hypothèse doit être écartée — voir *supra* n° 42 —, la nouveauté objective est toujours relative. Voir Troller : *Immaterialgüterrecht*, vol. I, p. 225.

tive est donc toujours associé un enrichissement de la collectivité car l'auteur ou l'inventeur ajoute quelque chose qui n'existait pas au patrimoine culturel ou technique. Avec la seule condition de la nouveauté subjective, cet enrichissement n'a pas forcément lieu. Cette exigence est en effet satisfaite dès lors que l'auteur a conçu le bien immatériel d'une manière indépendant sans imiter un modèle préexistant. Pour bénéficier de la protection légale, il suffira que l'auteur à qui une antériorité est opposée, démontre qu'il lui a été impossible d'en prendre connaissance. L'hypothèse de créations parallèles²⁴², protégées chacune pour elle-même, est donc parfaitement compatible avec l'exigence de la nouveauté subjective.

Quelle est la part respectivement attribuée à la nouveauté subjective et à la nouveauté objective dans le droit de la propriété intellectuelle ? Faut-il, en matière de brevets d'invention, exiger l'une et l'autre de ces conditions ? Peut-on, en revanche, dans le droit d'auteur, se contenter de la seule nouveauté subjective ? C'est à ces questions que les pages qui vont suivre seront consacrées.

A) *Le rôle de la nouveauté subjective dans le régime des brevets d'invention.*

51. L'incidence de la nouveauté subjective dans le droit des brevets d'invention est un problème qui n'a guère préoccupé les juristes et les tribunaux. En Allemagne, la jurisprudence ne lui attribue aucune importance ; il a été jugé en effet qu'une règle technique reste brevetable quand bien même le déposant n'en serait pas l'inventeur — ou son ayant cause — et qu'il en aurait eu connaissance à la suite, par exemple, d'un usage public à l'étranger. Dans de telles conditions, la nouveauté subjective est absente car le déposant n'a pris aucune part à la conception de la règle ; il n'a fait que reproduire une connaissance technique exploitée à l'étranger et l'a introduite en Allemagne. Mais cette circonstance n'exclut pas la brevetabilité de la règle dès lors que sa nouveauté objective est établie, l'usage public à l'étranger ne pouvant faire échec, aux termes du § 2 de la loi allemande, à l'octroi du brevet²⁴³. En Suisse, le problème paraît ne pas avoir été abordé par

²⁴² Sur le problème posé par les créations parallèles voir notamment Furler, *op. cit.*, p. 30. Ulmer, *op. cit.*, p. 14. Are, *op. cit.*, p. 52.

²⁴³ Voir notamment RG 30.10.1935 RGZ 149, p. 181. Oberlandesgericht Hamburg 28 mars 1934. GRUR 1935, p. 539. En doctrine voir notamment Reimer, *op. cit.* ad § 2. Anm. 1, p. 59. Krause-Kathlun-Lindenmaier, *op. cit.* ad § 2. Anm. 1, p. 82. Klauer-Möhrling, *op. cit.* ad § 2. Anm. 2, p. 100. Tetzner, *op. cit.* ad § 2. Anm. 2, p. 128. Naturellement le véritable inventeur ou son ayant cause pourra intenter soit l'action en nullité du brevet, soit l'action en cession de la demande de brevet ou celle en cession du brevet. Aux Etats-Unis la solution serait différente car le brevet est accordé au « first and true inventor ». Voir sur ce point Bouju : La protection des inventions aux Etats-Unis. Paris 1961.

la jurisprudence. La doctrine quant à elle se montre divisée. Pour M. Troller, la nouveauté subjective constitue le fondement de toute création intellectuelle ; le droit des brevets d'invention ne doit pas faire exception à ce principe. M. Troller appuie son argumentation en partie sur l'article 26 chiffre 6 L.B. qui prévoit la nullité du brevet « lorsque le titulaire du brevet n'est ni l'inventeur, ni son ayant cause et qu'il n'avait pas droit non plus, à un autre titre, à la délivrance du brevet »²⁴⁴. Toutefois cet argument se heurte à l'article 28 L.B. qui déclare qu'à la différence des autres cas de nullité, seul l'ayant cause et non tout intéressé peut intenter l'action en nullité prévue par l'article 26 chiffre 6 L.B. Si donc seul l'ayant cause et non tout intéressé a qualité pour agir en nullité, cela signifie que tant que celui-là reste passif, le brevet garde sa valeur et doit être respecté par les tiers. Dès lors peu importe que la règle ne soit pas le résultat de l'activité personnelle du breveté ou que celui-ci ne puisse justifier de l'existence d'une cession par le véritable inventeur. Du moment qu'aucune antériorité ne lui est opposée, la règle technique conserve toutes les qualités qui font d'elle une invention brevetable²⁴⁵.

Il semble raisonnable de conclure que la nouveauté subjective ne devrait pas intervenir dans le domaine des inventions techniques. Ce principe paraît conforme à la philosophie du droit des brevets d'invention qui est de promouvoir le progrès technique en encourageant la divulgation d'innovations susceptibles de satisfaire les besoins de la collectivité. Si le phénomène de la création doit s'apprécier d'après la chose créée et non d'après l'activité personnelle de l'inventeur, a fortiori il n'y a aucune raison de faire dépendre la brevetabilité d'une règle technique de circonstances afférentes à la personne du déposant. Ce qui est essentiel par contre, c'est qu'il y ait un apport nouveau, un enrichissement de la technique qui ne peut être fondé que sur des différences existant entre la règle technique et ses antériorités²⁴⁶.

²⁴⁴ Troller : *Immaterialgüterrecht*, vol. I, p. 226 et vol. II, p. 828 et suiv.

²⁴⁵ M. Troller estime que l'art. 28 L.B. est incompatible avec l'art. 3 L.B. qui déclare que le droit au brevet compete à l'inventeur ou à son ayant cause. Il s'agit à notre avis de deux problèmes différents ; la question de savoir si une connaissance technique est susceptible de faire l'objet d'un monopole est différente de celle de savoir qui est légitimé à exercer le monopole sur cette nouvelle connaissance. Voir dans ce sens Ascarelli, *op. cit.*, p. 565.

²⁴⁶ En faveur de l'exclusion de la nouveauté subjective du régime des brevets d'invention, voir notamment Blum et Pedrazzini, *op. cit.*, vol. I ad Art. 7, Ann. 4, p. 337. M. Pedrazzini : *Gedanken zur Neuheit*. Ufita 1964, p. 262 et suiv. Naturellement on pourrait soutenir que le dépôt d'une demande de brevet portant sur une règle technique utilisée publiquement à l'étranger — mais non exposée par écrit — n'enrichit pas la technique ; dans ce cas il faudrait alors étendre la définition du champ des antériorités. Par exemple l'art. 15 du décret royal italien et l'art. 6 de la loi française considèrent comme destructrice de nouveauté toute utilisation publique de l'invention, sans aucune limitation au territoire national. Il s'agit donc d'un tout autre problème qui n'a rien à voir avec la question de la nouveauté subjective.

B) *Le rôle de la nouveauté subjective dans le régime du droit d'auteur.*

52. Contrairement au régime des brevets d'invention, la nouveauté objective n'apparaît pas être un élément essentiel de l'œuvre donnant prise à un droit d'auteur. D'une manière générale on peut dire que le droit positif semble se contenter de la seule nouveauté subjective. C'est en effet le caractère individuel de l'œuvre, le fait qu'elle provienne d'une activité personnelle de l'auteur qui légitime l'octroi de la protection légale. Les exemples abondent dans ce sens : ainsi la loi allemande sur le droit d'auteur déclare qu'une œuvre est protégée dès qu'elle représente une création personnelle de l'esprit²⁴⁷. La loi française précise que l'auteur jouit d'un droit privatif sur l'œuvre « du seul fait de sa création »²⁴⁸. Les formules choisies par le Tribunal fédéral pour caractériser l'objet du droit d'auteur procèdent toutes de cette même conception ; pour notre instance suprême, l'œuvre doit constituer « un résultat original d'une création de l'esprit »²⁴⁹, c'est-à-dire « être la création de quelque chose d'original ayant son cachet propre et constituant le produit d'une idée personnelle »²⁵⁰. L'œuvre doit porter ainsi l'empreinte de la personnalité de l'auteur²⁵¹. Le droit positif affirme de la sorte le lien de paternité qui unit l'auteur à son œuvre.

Quels sont les arguments qui militent en faveur de l'exigence de la seule nouveauté subjective ? On estime généralement qu'une œuvre subjectivement nouvelle est en même temps objectivement nouvelle et originale. Le raisonnement semble à première vue exempt de toute critique : du moment que l'œuvre est le résultat d'une activité personnelle de son auteur, du moment que celui-ci l'a tiré de son propre fond, elle va nécessairement se distinguer par des caractères essentiels des réalisations intellectuelles préexistantes. Chacun de nous possède en effet une personnalité différente qui se manifeste notamment dans la vision personnelle que nous avons du monde extérieur. Dès lors et si l'œuvre est conçue d'une manière totalement indépendante, elle se caractérisera par une physionomie propre qui se détache des expressions créées par d'autres auteurs ou qui font déjà partie du domaine public. La nou-

²⁴⁷ « Persönliche geistige Schöpfung » § 2 al. 2 loi allemande sur le droit d'auteur et les droits voisins.

²⁴⁸ Art. 1 de la loi française sur le droit d'auteur.

²⁴⁹ ATF 26 octobre 1962. 88 IV 123, JdT 1963 IV p. 25.

²⁵⁰ ATF 22 novembre 1949. 75 II 355, JdT 1950 p. 502 : « eine eigenartige Geistesschöpfung von selbständigem Gepräge.

²⁵¹ ATF 4 avril 1950, 76 II, p. 97 et suiv. Voir aussi Cass. française 23 juin [1959. D. 1959, p. 384] où des photographies ont été jugées protégeables par un droit d'auteur si elles portent « la marque de l'effort intellectuel de son auteur, empreinte indispensable pour donner à l'œuvre le caractère d'individualité nécessaire pour qu'il y ait création ». Voir aussi Cass. 18 février 1960. Ann. 1961, p. 362, avec note le Tarnec.

veauté subjective, le fait que l'œuvre ait son origine dans un auteur déterminé — *Eigentümlichkeit*, originalité subjective — va déterminer l'originalité objective — *Eigenartigkeit* ²⁵² —. Dans le domaine du droit d'auteur, l'une paraît inséparable de l'autre ²⁵³.

Puisqu'une œuvre porte la marque de la personnalité de son auteur, il suffit donc qu'elle soit subjectivement nouvelle pour se différencier du patrimoine culturel commun : tel est l'argument principal des partisans de la théorie de la nouveauté subjective. Il est certes indéniable que là où l'auteur jouit d'une liberté presque complète dans sa création, sa personnalité va pouvoir s'exprimer dans son œuvre. Ce sera notamment le cas des œuvres artistiques, musicales et de la plupart des œuvres littéraires tels les romans, les pièces de théâtre, etc. Mais la protection du droit d'auteur n'est pas limitée à cette catégorie d'œuvres et s'étend à des réalisations — prospectus publicitaires, slogans, cartes de géographie, photographies, etc. — dont on conçoit mal qu'elles puissent satisfaire à cette condition, la personnalité de l'auteur intervenant dans une mesure minime. Par ailleurs et dans les œuvres où l'expression est étroitement liée à la réalité extérieure — œuvres scientifiques, historiques — cette personnalité s'efface devant les contingences imposées par le sujet traité. Dans tous ces cas l'hypothèse de créations parallèles est loin d'être exclue ²⁵⁴. Si l'on s'en tient à la seule condition de la nouveauté subjective on se trouve placé devant une alternative : ou bien l'on exige de l'œuvre qu'elle porte la marque de la personnalité de son auteur et l'on ne protège plus qu'un nombre limité d'expressions

²⁵² L'originalité subjective et objective sont deux concepts différents qui peuvent parfois se recouvrir. Une œuvre est originale au sens subjectif du terme — *eigentümlich* — lorsqu'elle a son origine dans un auteur déterminé ; elle est originale au sens objectif — *eigenartig* — lorsqu'elle se distingue par certains caractères des réalisations intellectuelles préexistantes : voir dans ce sens Are, *op. cit.*, p. 58 et suiv. Voir aussi Schramm : *Die schöpferische Leistung*, p. 97 et suiv. En droit américain, doctrine et jurisprudence distinguent dans le même sens « l'originality » — originalité subjective — de la « creativity » — originalité objective. Voir Nimmer, *op. cit.*, p. 32 et suiv. Voir aussi District Court. SD Ohio 25 juin 1968, 159 USPQ, p. 166. District Court. SD New-York 26 février 1968, 159 USPQ, p. 685. Cour d'Appel 2^e Circuit. 20 juillet 1951, 190 USPQ, p. 153, 156.

²⁵³ Dans sa grande majorité la doctrine considère que la nouveauté subjective suffit à elle seule pour déterminer la protection conférée par le droit d'auteur. Voir dans ce sens : A. Troller : *Immaterialgüterrecht*, vol. I, p. 448, 459 et suiv. *Id.* : *Originalität und Neuheit der Werke der Literatur und Kunst und der Geschmacksmuster*, dans Fritz Hodeige : *Das Recht am Geistesgut. Studien zum Urheber- Verlags- und Presserecht. Eine Festschrift für Walter Bappert*, Freiburg in Breisgau 1964, p. 269. Kohler : *Kunstwerkrecht*, p. 74. Runge, *op. cit.*, p. 18. Voigtländer-Elster-Kleine, *op. cit.*, p. 5. Hubmann : *Urheber- und Verlagsrecht*, p. 34. Möhring-Nicolini : *Urheberrechtsgesetz*. Berlin-Frankfurt 1970, ad § 1. Anm. 2, p. 44. Desbois, *op. cit.*, p. 5. Ball, *op. cit.*, p. 245. Voir cependant en sens contraire la doctrine et la jurisprudence citées sous note 265 *infra*.

²⁵⁴ Ulmer, *op. cit.*, p. 14. Are, *op. cit.*, p. 52.

esthétiques, les « Spitzenleistungen »²⁵⁵, ou bien l'on assume les conséquences qu'implique l'existence de créations parallèles avec tous les dangers que cela comporte. Ni l'un ni l'autre des termes de cette alternative n'est satisfaisant. Limiter le domaine du droit d'auteur aux seules « Spitzenleistungen » est une proposition qui, à part qu'elle se heurte au droit positif²⁵⁶, ouvre la porte à des appréciations qui risquent de relever du plus pur subjectivisme. On peut se demander en effet s'il est possible de déceler dans une œuvre la personnalité de son auteur. En voulant établir une discrimination entre certains types d'expression, le juge, l'expert ne vont-ils pas en fait porter un jugement sur la qualité, la valeur artistique de l'œuvre, critère dont l'emploi est formellement interdit par le droit²⁵⁷.

Mais si l'on renonce à cette discrimination tout en se contentant de la seule nouveauté subjective, on doit alors accepter l'hypothèse de créations parallèles avec toutes les conséquences qui peuvent s'ensuivre. Par exemple et lorsque l'œuvre est identique à une réalisation appartenant au patrimoine culturel commun, on sacrifie, en la protégeant, l'intérêt de la collectivité au profit de celui de l'auteur. On enlève ainsi à cette dernière un bien qui était déjà en sa possession. Cette charge, que rien ne justifie, deviendra d'autant plus intolérable que le titulaire du monopole bénéficiera, en raison du développement des techniques, de moyens de reproduction toujours plus nombreux²⁵⁸. La situation n'est guère plus satisfaisante lorsque l'œuvre est identique à une expression toujours protégée par un droit d'auteur. Cette circonstance va faire naître entre le premier et le second auteur des conflits qui se révéleront irréductibles. Comment, en effet, résoudre les litiges ayant leur cause dans une pluralité d'exclusivité — dans la mesure où cette expression n'est pas paradoxale —²⁵⁹ ? La protection de créations parallèles paraît donc incompatible avec le principe de la sécurité du droit.

Ces considérations nous conduisent à conclure que l'œuvre esthétique tout comme l'invention technique doit être objectivement nouvelle. Cette condition se trouve certes déjà réalisée dans les « Spitzenleistungen » par le fait même de la création personnelle. Dans ce cas il

²⁵⁵ Cette solution a été retenue notamment par : Voigtländer-Elster-Kleine, *op. cit.*, p. 5. W. Hoffmann : Die Konkurrenz von Urheberrecht und Leistungsschutz. Ufita 1939, p. 96. Elster : Die photographischen « Urheberrechte ». GRUR 1934, p. 500. Hubmann : Das Recht des schöpferischen Geistes, p. 158 et suiv. *Id.* : Urheber- und Verlagsrecht, p. 34. Schramm : Grundlagenforschung, p. 218 et suiv. *Id.* : Die schöpferische Leistung, p. 198. F. Vischer : Die Purifikation des Urheberrechts und der Schutz des Arbeitsergebnisses. Festschrift für Walther Hug. Bern, 1968, p. 259. M. Rintelen, *op. cit.*, p. 45 et suiv.

²⁵⁶ Sur les petites monnaies du droit d'auteur, voir *supra* n° 18.

²⁵⁷ Voir aussi le paragraphe consacré à l'originalité en matière de droit d'auteur, *infra* n° 63 et suiv.

²⁵⁸ M. Pedrazzini : Gedanken zur Neuheit, cité sous note 225.

²⁵⁹ Are, *op. cit.*, p. 53.

suffira de constater que l'œuvre n'a pas été copiée pour la juger protégeable²⁶⁰. Mais dans les œuvres où, tout en étant indépendante, l'expression ne manifeste pas une originalité aussi marquée — par exemple parce que l'auteur se voit restreint dans le choix de ses expressions en raison du sujet traité — la seule circonstance de la création personnelle n'est à elle seule pas suffisante. Il faudra alors exiger que l'œuvre se distingue par certains caractères des réalisations intellectuelles qui constituent le patrimoine culturel commun ou qui appartiennent à d'autres auteurs. C'est du reste ce qu'a jugé la Cour de Paris dans une affaire de copie de dessins de voitures automobiles où la loi sur le droit d'auteur était invoquée parallèlement à celle sur les dessins et modèles industriels. La Cour de Paris déclarait en effet que « le créateur peut en matière de propriété artistique revendiquer une disposition et une combinaison originale d'éléments ou de caractéristiques appartenant au domaine public, à la condition que cette combinaison constitue une œuvre artistique dont l'aspect général soit nouveau et que sa forme d'ensemble soit nouvelle et se distingue nettement des réalisations antérieures »²⁶¹. Ainsi même dans un pays où toute la théorie du droit d'auteur paraît reposer sur la notion de la nouveauté ou de l'originalité subjectives²⁶², le recours à la nouveauté objective semble s'imposer lorsqu'il s'agit de décider du sort de productions intellectuelles qui, par leur nature même, sont incapables de porter la marque de la personnalité de leur auteur. Il paraît donc illogique d'affirmer d'une part que seule la nouveauté subjective détermine la protection de droit d'auteur et de comparer d'autre part l'œuvre avec ses antériorités dès lors que l'on a des doutes sur son originalité²⁶³. Cette sorte de paradoxe que l'on vient de relever à propos du droit français se manifeste également dans les droits suisse et allemand²⁶⁴. En revanche le droit italien, en

²⁶⁰ La nouveauté et l'originalité objectives sont en quel que sorte présumée. Voir Voigtländer-Elster-Kleine, *op. cit.*, p. 9. Mais cette présomption n'est pas irréfragable.

²⁶¹ Cour de Paris 25 janvier 1968. RIDA 1968, p. 174.

²⁶² Voir dans ce sens Desbois, *op. cit.*, p. 5.

²⁶³ Ainsi Fromm-Nordemann, après avoir déclaré que l'œuvre est protégeable lorsqu'elle est subjectivement nouvelle n'en ajoutent pas moins qu'elle doit toutefois se distinguer par une certaine qualité de l'expression de tous les jours, des produits de la pure routine. Fromm-Nordemann, *op. cit.* ad § 2. Anm. 3, p. 57. M. Furler, partisan de la théorie de la nouveauté subjective tant pour le droit d'auteur que pour le droit des dessins et modèles, croit éviter cette ambiguïté en soutenant que pour apprécier l'originalité d'une production, on ne devra prendre en considération que les antériorités que l'auteur aurait pu connaître. Lorsque l'on sait qu'une réminiscence même inconsciente de l'auteur détruit la nouveauté subjective, on réalise alors l'impossibilité d'un tel système sur le plan de l'administration des preuves. Voir Furler, *op. cit.* ad § 1. Anm. 45, p. 104.

²⁶⁴ A cet égard il est intéressant de comparer l'arrêt paru au recueil ATF 75 II 355 où, à propos d'une œuvre d'art appliqué, le Tribunal fédéral juge suffisante la nouveauté subjective, avec l'arrêt paru à l'ATF 56 II 413 où ce

exigeant de toute création qu'elle soit d'abord nouvelle au sens objectif du terme, adopte une position beaucoup plus conforme à la logique²⁶⁵. Seule l'exigence de la nouveauté objective permet en effet de construire une théorie de l'originalité qui soit quelque peu cohérente.

§ 4. LE PROBLÈME DE LA DÉFINITION DES ANTÉRIORITÉS DANS LE RÉGIME DES BREVETS D'INVENTION ET DANS CELUI DU DROIT D'AUTEUR.

53. La nouveauté objective est donc un attribut nécessaire de toute création intellectuelle. Il nous faut maintenant expliquer pourquoi le droit des brevets d'invention définit par une disposition spéciale le

même Tribunal fédéral apprécie l'originalité d'une œuvre architecturale sur la base des réalisations antérieures dans le même domaine : « Une construction diffère-t-elle et dans quelle mesure de constructions déjà existantes, c'est là une question de fait dont le contrôle échappe au Tribunal fédéral. C'est en revanche une question de droit que de savoir si les différences constatées découlent d'une création originale ou ne sont dues qu'à une transformation purement manuelle (*Handwerkmässig*) d'éléments donnés. » ATF 11 novembre 1930. RO 56 II 413, JdT 1931, p. 201, 205.

²⁶⁵ Dans sa grande majorité, la doctrine italienne se déclare en matière de droit d'auteur en faveur de l'exigence de la nouveauté objective : dans ce sens notamment Ascarelli, *op. cit.*, p. 705. Greco, *op. cit.*, p. 158. Are, *op. cit.*, p. 52 et suiv. Piola-Caselli, *op. cit.*, p. 68, 95. Di Franco : Le opere dell'ingegno di carattere creativo nella nuova legge sul diritto d'autore. Riv. Dir. comm. 1942, I, p. 44, 51. Id. : Nozione della novità nelle opere dell'ingegno. Riv. dir. commerciale 1943, p. 33 et suiv. S. Messina : La scenografia e il diritto d'autore. Dir. aut. 1942, p. 114 et suiv. Pour la jurisprudence, voir Cour d'Appel Rome 14 mai 1935. Dir. aut. 1936, p. 357. Cass. 1-30 juillet 1936. Dir. aut. 1936, p. 357. Cass. 6 juillet 1942. Riv. dir. com 1943 II, p. 33 et suiv. Cass. 15 février 1943. Dir. aut. 1946, p. 25. Cass. 30 avril 1958. Riv. propr. int. e ind. 1958, p. 44.

Dans les autres pays, la thèse de la nouveauté subjective semble s'être imposée ; voir les auteurs cités sous note 253. Un courant doctrinal minoritaire exige cependant la nouveauté objective. Voir dans ce sens : Kummer, *op. cit.*, p. 30. M. Pedrazzini : Gedanken zur Neuheit, cité sous note 225. Riezler, *op. cit.*, p. 214. Schramm : Die schöpferische Leistung, p. 179. Dans la jurisprudence un certain nombre d'arrêts se sont également prononcés pour la nouveauté objective ; voir notamment :

Pour la France : Cour de Paris 25 janvier 1968, cité sous note 261 ; voir aussi : Cour de Paris 29 novembre 1932. Ann. 1935, p. 204, à propos de panneaux-réclames. Trib. Seine 28 mars 1957. RIDA 1957, p. 138, à propos de la chanson « boire un petit coup » confirmé par Cass. 23 octobre 1962. RIDA 1963, p. 127. Cour d'Appel Aix-en-Provence 3 juin 1957. RIDA 1957, p. 132, à propos d'une opérette ; Cour de Paris 21 décembre 1960. Ann. 1961, p. 313, à propos d'un sac à main ; Cass. 18 mars 1970. Gaz. Pal. 20-23 juin 1970 à propos de papiers peints.

Pour l'Allemagne : RG 23 juin 1909. RG 71, p. 35, à propos d'une statuette (« Fulconi-Urteil »).

Pour la Belgique : Appel Bruxelles 22 avril 1959. RIDA 1960, p. 94 et suiv., à propos de l'Atomium de l'Exposition Universelle.

Pour la Suisse : ATF 11 novembre 1930 56 II 413 à propos d'une œuvre d'architecture.

champ des antériorités²⁶⁶ alors que le droit d'auteur ne contient aucune règle semblable. Cette précision découle de la nature particulière du bien protégé par le droit des brevets d'invention et de l'objectif que poursuit ce régime. Pour certaines manifestations de l'activité intellectuelle, leur objectivation sur le plan matériel les fait entrer à plus ou moins brève échéance dans le patrimoine des connaissances humaines ; pour d'autres, en revanche, cette circonstance n'est à elle seule pas suffisante. Ainsi la création esthétique est un objet de jouissance immédiate en ce sens que toute sa valeur se situe sur le plan intellectuel²⁶⁷. L'œuvre est en effet destinée, de par son caractère représentatif à être lue, exécutée, contemplée, etc. La vocation normale d'une œuvre, c'est d'être publiée. Par la nature des choses, l'auteur est donc contraint de révéler sa création au public. Une œuvre tenue secrète n'aurait pour ainsi dire aucun sens²⁶⁸. Il en va tout différemment de l'invention technique car celle-ci n'est pas susceptible d'une jouissance directe. La valeur de l'invention se situe sur le plan matériel de sorte qu'elle ne portera ses fruits que si elle fait l'objet d'une application pratique. Celle-ci est en effet indispensable pour que survienne le résultat technique qui lui seul est capable de satisfaire les besoins de l'humanité. L'invention atteint déjà son but lorsque le résultat se manifeste dans la réalité matérielle²⁶⁹ sans pour cela qu'il soit nécessaire de révéler la totalité du processus de causalité. Si seul ce résultat importe, on comprend alors pourquoi une invention sur laquelle le secret est maintenu garde toute sa valeur²⁷⁰.

La publication est donc une fin inhérente aux productions de l'esthétique alors que les créations techniques peuvent être exploitées et pro-

²⁶⁶ Voir *supra* n° 47.

²⁶⁷ Are, *op. cit.*, p. 16. Troller : *Immaterialgüterrecht*, vol. I, p. 65. Voir aussi n° 40 *supra*. Hubmann : *Urheber und Verlagsrecht*, p. 35, 38.

²⁶⁸ Certes la publication d'une œuvre n'est pas une condition de sa protection. Il suffit que l'œuvre se concrétise dans une forme perceptible par les sens pour être investie d'un droit d'auteur. Voir notamment l'article 7 de la loi française sur la propriété littéraire et artistique qui déclare que « l'œuvre est réputée créée indépendamment de toute divulgation publique du seul fait de la réalisation même inachevée de la conception de l'auteur ». Voir dans ce sens Troller : *Immaterialgüterrecht*, vol. I, p. 469. Del Bianco, *op. cit.*, p. 25. Desbois, *op. cit.*, p. 7. Ulmer, *op. cit.*, p. 81. Bien plus, il appartient à l'auteur et à lui seul en vertu de son droit moral, de décider si l'œuvre doit être publiée ou non. Voir art. 13 de l'avant-projet de la loi fédérale sur le droit d'auteur et l'art. 19 de la loi française sur la propriété littéraire et artistique. Toutefois comme l'écrit M. Desbois, « c'est pour communiquer avec ses semblables et non pour apaiser les tourments de sa conscience dans la solitude et le secret que l'écrivain, l'artiste ou le compositeur se livre à l'effort créateur » ; la publication apparaît comme la raison d'être, la fin normale d'une vocation littéraire ou artistique. Desbois, *op. cit.*, p. 426. Dans le même sens Tetzner, *op. cit.* ad § 1. Anm. 9, p. 47.

²⁶⁹ Sous forme de produit ou de résultat au sens étroit. Voir *supra* n° 31.

²⁷⁰ Voir Roubier, *op. cit.*, vol. I, p. 122 et suiv. Tetzner, *op. cit.* ad § 1. Anm. 9, p. 47.

duire leurs fruits à l'abri de toute publicité²⁷¹. Cette différence de nature va se traduire dans les objectifs que poursuivent respectivement le droit d'auteur et le droit des brevets d'invention. Dans un cas il s'agira uniquement d'assurer aux auteurs les profits qui découlent de leur création alors que dans l'autre il faudra encourager les inventeurs à révéler leur découverte si l'on veut que la collectivité bénéficie en plein de l'invention, autrement que par les résultats matériels qu'elle procure. Le régime du secret est en effet néfaste à plus d'un titre ; tout d'abord, l'invention peut disparaître avec la mort de l'inventeur. Elle peut aussi se maintenir « *ad aeternum* » au sein d'une même entreprise lui donnant ainsi un monopole perpétuel d'exploitation souvent générateur d'abus. Les perfectionnements de l'invention qui ne peuvent être que bénéfiques pour l'humanité dépendraient ainsi du bon vouloir de l'entreprise productrice dont les intérêts ne coïncident pas forcément avec ceux de la collectivité. En bref le régime du secret freine le progrès technique et partant l'amélioration des conditions de vie²⁷².

Pour stimuler la révélation des secrets industriels, il faut donc que la récompense soit accordée non pas à celui qui, le premier, a réalisé une invention mais à celui qui, le premier, l'a divulguée. Pour le législateur le fait d'avoir inventé quelque chose, c'est-à-dire d'avoir su isoler un nouveau rapport de causalité et d'en avoir tiré une application pratique n'est pas suffisant ; il faut encore que cette connaissance ait été révélée à la collectivité. C'est pourquoi, en matière de brevets d'invention, l'exclusivité est accordée à celui qui, le premier, a déposé une demande de brevet dans laquelle la règle technique devra être exposée de manière à pouvoir être exécutée par un homme de métier²⁷³. Ce n'est qu'à cette condition que le régime du secret pourra prendre fin²⁷⁴. La date du dépôt devient alors déterminante pour établir la nouveauté de l'idée technique qui, avec la publication de la demande, entrera dans le patrimoine des connaissances humaines. Naturellement ce qui vaut pour l'objet de la demande de brevet vaut également pour les antériorités qui pourraient lui être opposées. Celles-ci ne constitueront un obstacle à la concession du brevet que si elles ont été divulguées aux mêmes conditions que l'objet de la demande. Dès lors une règle technique conçue avant le dépôt de la demande mais dont le secret aurait été conservé jusqu'après cette date ne doit pas pouvoir faire échec à l'octroi du brevet. Bien plus et sous réserve du droit dérivant d'un

²⁷¹ Voir sur ce point : L. Sordelli : *Idée, opere dell ingegno ed invenzioni come oggetto di rapporti giuridici*. Riv. dir. Ind. I 1952, p. 67, 78 et suiv.

²⁷² Sur le danger que peut comporter pour la collectivité le maintien d'un secret technique, voir notamment Roubier, *op. cit.*, vol. II, p. 44 et suiv.

²⁷³ Art. 50 al. 1 L.B.

²⁷⁴ Les systèmes de droit continentaux connaissent ainsi le principe du premier déposant — *Anmelderprinzip*. Toutefois, en droit américain, le brevet est accordé au « *first and true inventor* ». — *Erfinderprinzip* — Voir sur ce point A. Bouju : *La protection des inventions aux Etats-Unis*. Paris 1961.

usage antérieur « Vorbenutzungsrecht »²⁷⁵ elle devra céder le pas à la connaissance technique qui constitue l'objet de la demande.

Dans le domaine technique une chose n'est réputée connue que si elle a été comprise par notre intelligence. La perception sensorielle est à cet égard totalement insuffisante. Or l'intelligibilité d'une chose est une notion toute relative : ce qui a été compris des uns ne l'est pas des autres. On ne peut donc se contenter d'affirmer qu'il n'y aura d'antériorités que si la chose prétendue comme telle est connue ; il faut encore définir ce que l'on entend par là. La sécurité du droit exige par conséquent que la loi détermine par avance ce que l'on doit tenir pour connu, c'est-à-dire comme faisant partie de l'état de la technique à la date du dépôt de la demande de brevet, en précisant notamment la manière, la forme et le lieu de la divulgation²⁷⁶.

Dans le régime du droit d'auteur la présence d'une norme semblable ne s'impose pas. Par essence l'œuvre est destinée à être publiée : le secret est incompatible avec sa véritable nature. La création esthétique implique généralement à plus ou moins brève échéance sa publication de sorte que n'importe quelle production relevant du droit d'auteur constituera pour celle qui la suit dans le temps une antériorité du fait même de son objectivation. Le problème de la connaissance de l'œuvre ne se pose pas, il va de soi. En droit d'auteur l'œuvre créée est supposée entrer sans autre dans le patrimoine des connaissances humaines²⁷⁷. Il n'est donc pas nécessaire de faire la part de ce qui est connu avec ce qui ne l'est pas. Une disposition définissant le champ des antériorités se révélerait par conséquent inutile. Bien plus cette définition serait impossible car si l'on peut relativement facilement caractériser les cho-

²⁷⁵ Voir art. 35 L.B.

²⁷⁶ Dans ce sens Hubman : *Gewerblicher Rechtsschutz*, p. 82. La grande majorité de la doctrine voit dans les articles prétendument relatifs à la nouveauté formelle une fiction légale ou encore une présomption juris et de jure. Ce qui n'est pas compris dans les dits articles est considéré comme inconnu et partant ne peut constituer une antériorité. Voir Reimer, *op. cit.* ad § 2. Anm. 1, p. 159. Krause-Kathlun-Lindenmaier, *op. cit.* ad § 2. Anm. 2, p. 128. Blum et Pedrazzini, *op. cit.*, vol. I ad Art. 7. Anm. 5, p. 338. Voir en sens contraire Troller qui estime que l'on ne peut parler de fiction ou de présomption légale car cela supposerait que l'on puisse déterminer ce qui est effectivement connu. Or selon M. Troller la nouveauté ne peut être définie dans la réalité. Troller : *Immateriälgüterrecht*, vol. I, p. 227. Dans le même sens H. Mediger : *Die neue Erfindung*. GRUR 1941, p. 390.

²⁷⁷ Pour cette raison le droit s'acquiert, dans la plupart des pays, du seul fait de la création, sans aucune formalité. Toutefois, aux Etats-Unis, le droit s'acquiert par l'apposition de la « copyright notice » sur les exemplaires de l'œuvre, suivi de l'enregistrement au « Copyright Office ». Il faut préciser cependant que ces formalités ne concernent que le « federal Copyright ». Il existe également aux Etats-Unis un droit d'auteur qui résulte du droit commun — common law copyright. Le droit s'acquiert par le seul fait de la création mais se perd lorsque l'œuvre est publiée — public performance ; voir sur ce point Nimmer, *op. cit.*, § 11. 2, p. 41 et suiv.

ses qui font partie du domaine de la technique, il n'en va pas de même des créations esthétiques²⁷⁸. Les antériorités peuvent tout aussi bien être constituées par des expressions appartenant au fond commun de la culture — tableaux de grands maîtres du passé par exemple — que par les formes de la nature — freier Formenschatz²⁷⁹. La nature étant par essence infinie, on voit mal comment le législateur pourrait en donner une définition exhaustive.

§ 5. LES RELATIONS ENTRE LES NOTIONS DE NOUVEAUTÉ ET D'ORIGINALITÉ ; NOUVEAUTÉ SIMPLE ET NOUVEAUTÉ QUALIFIÉE.

54. Ainsi qu'on vient de l'exposer, pour qu'une production intellectuelle mérite le titre de création il faut, condition essentielle, qu'elle soit nouvelle. Il ne peut en effet y avoir d'apport créateur que si sa nouveauté au sens objectif du terme est établie, c'est-à-dire si le bien en question manifeste par rapport aux entités préexistantes une différence. Mais cette condition, si elle constitue une nécessité primordiale, est à elle seule insuffisante. La simple nouveauté est, par elle-même, incapable de traduire sur le plan objectif l'activité créatrice dont doit être issue la production intellectuelle. Il faudra donc s'attacher à la nature des dissemblances, exiger d'elles qu'elles soient « substantielles »²⁸⁰, qu'elles démontrent une certaine qualité. Si l'on se contentait de la simple nouveauté, tout résultat d'une activité logique, intelligente, obtenu certes pour la première fois mais à l'aide des mécanismes usuels de la pensée conceptuelle bénéficierait d'un droit exclusif. Des monopoles seraient ainsi accordés pour des réalisations à la portée de tous, ce qui aurait pour conséquence de priver la société d'un bien déjà virtuellement en sa possession²⁸¹.

Dans le domaine technique, cette affirmation paraît incontestable : la technique se développe d'une manière continue ; chaque branche de l'industrie voit naître tous les jours des perfectionnements, des améliorations qui certes amènent un certain progrès mais qui ne sont rien d'autre que le prolongement logique des connaissances antérieures²⁸².

²⁷⁸ Ainsi Piola-Caselli oppose à propos de la nouveauté le vaste domaine des arts et de la science où s'accomplit la réalisation esthétique au domaine limité de la technique. Piola-Caselli, *op. cit.*, p. 96.

²⁷⁹ Sur cette notion voir Schramm : *Die schöpferische Leistung*, p. 154 et suiv.

²⁸⁰ Van der Haeghen, p. 114 ; voir aussi Tetzner, *op. cit.* ad § 1. Anm. 51, p. 84. Riezler, *op. cit.*, p. 214. Are, *op. cit.*, p. 62.

²⁸¹ Pedrazzini : *Gedanken zur Neuheit*, cité sous note 225.

²⁸² Roubier, *op. cit.*, vol. II, p. 111. Valancogne, *op. cit.*, p. 318. Ces améliorations et autres perfectionnements de nature non inventive sont désignés dans la doctrine sous les termes « construction », « tour de main », etc. Voir dans ce sens Jenny, *op. cit.*, p. 98 et suiv. Voir aussi Kohler : *Handbuch*, p. 95. Blum et Pedrazzini, *op. cit.*, vol. I ad Art. 1. Anm. 22, p. 127. Troller : *Immaterialgüterrecht*, vol. I, p. 194. Reimer, *op. cit.* ad § 1. Anm. 63, p. 89.

Mais ceci vaut également pour le domaine de l'esthétique où bon nombre d'expressions nouvelles ne sont en réalité que des adaptations, des transformations d'ordre mineur de réalisations déjà existantes²⁸³ ou encore découlent nécessairement de l'objet qu'elles représentent sans laisser aucune liberté de choix. Dans tous ces cas, il serait déraisonnable d'octroyer une exclusivité surtout si l'on considère les conséquences économiques et sociales qu'un tel monopole peut entraîner²⁸⁴. Pour ces raisons la nouveauté simple, c'est-à-dire la constatation d'une dissemblance quelconque n'est pas suffisante pour mettre en œuvre les régimes de propriété intellectuelle destinés à protéger les résultats d'une activité créatrice. Pour que les objectifs que poursuivent ces régimes soient véritablement atteints, il faut exiger une nouveauté qualifiée, c'est-à-dire une certaine qualité de la dissemblance constatée. Cette exigence de la nouveauté qualifiée va se traduire par la condition d'originalité²⁸⁵ qui domine tout le droit de la propriété intellectuelle même si elle se manifeste dans les régimes des brevets d'invention sous des termes différents — niveau inventif, progrès technique²⁸⁶ —. La nouveauté et

²⁸³ Voir notamment à propos de recettes de cuisine, Troller : *Immaterialgüterrecht*, vol. I, p. 459. Voir aussi Hubmann : *Das Recht des schöpferischen Geistes*, p. 32 ; Ulmer, *op. cit.*, p. 14. Fromm-Nordemann, *op. cit.* ad § 2. Anm. 3, p. 57. Voir aussi Trib. Seine 27 juin 1968. RIDA 1969, p. 149 où, s'agissant d'établir si un livre relatant la vie de l'aviatrice Hélène Boucher pouvait bénéficier de la protection du droit d'auteur, le Tribunal, après avoir comparé certains passages du livre en question avec des ouvrages antérieurs traitant du même sujet, concluait que les différences entre la prétendue œuvre et les antécédents étaient trop infimes pour justifier la protection légale. Voir enfin la jurisprudence citée sous note 265.

²⁸⁴ Voir *supra* n° 43.

²⁸⁵ Que l'originalité ne soit rien d'autre qu'un concept qui qualifie la nouveauté est reconnu par la majorité de la doctrine ; voir pour le droit de brevets d'invention : Blum et Pedrazzini, *op. cit.*, vol. I ad art. 1. Anm. 18, p. 105. Matter, *op. cit.*, p. 18a. A. Martin-Achard, *op. cit.*, p. 147a. Steck, *op. cit.*, p. 165. Van der Haeghen, *op. cit.*, p. 103 et suiv. Valabregues : La notion de nouveauté et de brevetabilité Etudes sur la propriété industrielle, littéraire et artistique. Mélanges Marcel Plaisant, Paris 1960, p. 187, 190. Franzosi, *op. cit.*, p. 60. Isay : *Eigenart und Neuheit der Erfindung*. GRUR 1913, p. 1. Tetzner, *op. cit.* ad § 1. Anm. 46, p. 83. Mediger : *Die neue Erfindung*. GRUR 1941, p. 390. W. Trustedt : *Fortschritt und Erfindungshöhe als Voraussetzung der Patentfähigkeit nach deutscher Rechtsweltwicklung*. GRUR 1956, p. 349, 352.

Voir pour le droit d'auteur : Are, *op. cit.*, p. 62. Pedrazzini : *Gedanken zur Neuheit* cité sous note 225. Riezler, *op. cit.*, p. 114.

²⁸⁶ Le progrès technique et le niveau inventif traduisent en droit des brevets d'invention l'originalité de la règle technique. Voir dans ce sens : Rotondi, *op. cit.*, p. 176 et suiv. Auletta, *op. cit.*, p. 272. Van der Haeghen, *op. cit.*, p. 103. Matter, *op. cit.*, p. 13a.

L'expression « originalité » a été maintes fois utilisée par le Tribunal fédéral pour désigner cette nouveauté qualifiée que doit présenter l'invention. Voir notamment ATF 3 mai 1922 48 II 291 « combinaisons nouvelles et originales ». 26 février 1933 49 II 140 « résultat original qualitativement différent de la somme de tous les effets individuels ». 14 septembre 1948 74 II 127 « l'idée inventive ».

l'originalité ne sont donc pas des concepts distincts et autonomes qui viendraient se superposer l'un à l'autre pour déterminer la protection légale. Il s'agit en réalité d'une seule et même chose examinée dans deux perspectives différentes : avec la nouveauté, la dissemblance est considérée sous un angle quantitatif, avec l'originalité, sous un angle qualitatif. En d'autres termes, l'originalité fixe un degré supérieur de nouveauté à partir duquel une production intellectuelle donnée sera réputée provenir d'une activité créatrice. Il en résulte que l'originalité suppose toujours la présence de la nouveauté mais que la réciproque n'est pas vraie : tout ce qui est nouveau n'est pas nécessairement original²⁸⁷. Il s'ensuit également que nouveauté et originalité doivent être appréciées à partir des mêmes bases, c'est-à-dire des antériorités. Ce principe, qui n'est plus contesté en matière de brevets d'invention²⁸⁸,

doit procéder d'une idée créatrice d'un certain degré d'originalité ; *id.* 10 décembre 1968 94 II 314.

En droit d'auteur, le terme « originalité » désigne la qualité des dissemblances que l'œuvre doit démontrer ; toutefois dans les droits italien et américain on emploie les termes « creatività » ou « creativity » pour éviter toute confusion avec l'originalité au sens subjectif du terme. Voir Are, *op. cit.*, p. 62. Nimmer, *op. cit.*, p. 83. Pour la jurisprudence italienne voir : Cass. 6 juillet 1942, Riv. dir. com. 1943, II, p. 33. 30 avril 1958, Riv. propr. int. e ind. 1958, p. 44. 22 avril 1961. Mass. Giur. it. 1961, p. 271. 28 janvier 1969, Dir. aut. 1969, II, p. 215. Pour la jurisprudence américaine voir note 252.

²⁸⁷ Voir les auteurs cités sous note 285.

²⁸⁸ En matière de droit des brevets d'invention, la nouveauté et l'originalité s'apprécient par rapport à l'état de la technique à la date du dépôt de la demande de brevet ; voir Troller : Immaterialgüterrecht, vol. I, p. 180 et suiv. Blum et Pedrazzini, *op. cit.*, vol. I ad art. 1. Anm. 19, p. 116 et suiv. Matter, *op. cit.*, p. 26 a. Steck, *op. cit.*, p. 52. R. Blum : Schöpferische Idee und Erfindungshöhe als Kriterium der patentwürdigen Erfindung. GRUR Ausl. 1956, p. 1 et suiv. *Id.* : Das Kriterium des gut ausgebildeten Fachmannes. GRUR Ausl. 1956, p. 199 et suiv. Reimer, *op. cit.* ad § 1. Anm. 31, p. 50. Benkard, *op. cit.* ad § 1. Anm. 26, p. 91. Tetzner, *op. cit.* ad § 1. Anm. 46, p. 83.

Toutefois les modalités de cette appréciation sont différentes ; ainsi pour l'examen de la nouveauté, l'antériorité doit fournir tous les éléments constitutifs de l'invention — antériorités compactes — alors que pour l'examen de l'originalité plusieurs antériorités peuvent comporter chacune un des éléments de l'invention — antériorités éparses — Mosaikbetrachtung des Standes der Technik. Voir ATF 10 décembre 1968, 94 II 319, SJ 1969 455. Benkard, *op. cit.* § 1. Anm. 26, p. 91. Van der Haeghen, *op. cit.*, p. 44.

D'autre part, le problème de la technique « lettre morte » — papierener Stand der Technik ; technique de papier — ne joue de rôle que dans le cadre de l'examen de l'originalité. La technique de papier est une connaissance qui bien que divulguée au sens des articles définissant les antériorités, n'a exercé aucune influence sur l'état de la technique. Le Tribunal fédéral considère que si l'antériorité n'a véritablement eu aucune incidence sur l'état de la technique, parce que par exemple la publication était trop ancienne, elle ne doit pas être prise en considération pour déterminer l'originalité de l'invention. ATF 10 décembre 1968 94 II 319, S.J. 1969 455. Dans ce sens Matter, *op. cit.*, p. 30 a ; en sens contraire, Steck, *op. cit.*, p. 61. En Allemagne, l'exception de la technique de papier n'est pas admise. Voir notamment RG 21 mai 1940. GRUR 1940, p. 431. Toutefois on devra examiner la publication en question avec des exigences plus sévères. Voir Reimer, *op. cit.* ad § 2. Anm. 2, p. 160.

paraît moins évident dans le régime du droit d'auteur. Cela tient au fait que dans la plupart des cas, la création esthétique est originale par le seul fait qu'elle résulte de l'activité personnelle de son auteur — Spitzenleistungen — ²⁸⁹. Un examen des antériorités serait donc parfaitement inutile ; mais dans les cas limites — petites monnaies du droit d'auteur — cet examen s'avère indispensable.

En raison de cette interdépendance de la nouveauté avec l'originalité, il est très difficile de faire la part du domaine réservé à l'une et à l'autre de ces conditions. Ces problèmes se posent surtout en droit des brevets d'invention et ont donné lieu à de nombreuses controverses. Certains auteurs sont même allés jusqu'à nier l'opportunité d'une telle distinction ²⁹⁰. En réalité ces domaines sont si imbriqués l'un dans l'autre qu'un examen séparé de chacune de ces conditions revêt le plus souvent un caractère artificiel. Certes la doctrine dominante considère que les jugements établissant respectivement la nouveauté et l'originalité sont de nature différente : puisque la simple dissemblance suffit pour établir la nouveauté, on aura alors recours à un jugement de réalité, c'est-à-dire à un jugement qui énonce un fait. En revanche, l'originalité impliquant un certain degré de nouveauté, à savoir l'existence d'une certaine qualité démontrée par la dissemblance, l'appréciation de cette condition va nécessiter un jugement de valeur ²⁹¹. MM. Blum et Pedrazzini soutiennent ainsi que lors de l'examen de la nouveauté il faut et il suffit de se demander s'il y a identité entre les éléments constitutifs de l'invention et ceux de l'antériorité qui lui est opposée ²⁹². Mais jusqu'où doit-on aller dans cette recherche de l'identité ; faut-il considérer seulement l'identité des moyens mis en œuvre ou peut-on également tenir compte de l'identité de leur fonction ? MM. Blum et Pedrazzini penchent pour la première solution puisqu'ils excluent de l'examen de la nouveauté le domaine de l'équivalence ²⁹³, c'est-à-dire tous les cas où des moyens différents exercent une même fonction. Pour ces auteurs, la notion d'équivalence suppose déjà une graduation de la nouveauté ²⁹⁴. La position de M. Offermann est plus nuancée : cet auteur admet certes que le jugement déterminant la nouveauté n'est pas un jugement de valeur, mais il ajoute que la comparaison qui préside à son établissement doit être faite non pas entre les structures matérielles de l'invention

²⁸⁹ Voir n° 52.

²⁹⁰ Voir notamment Mediger : Die neue Erfindung. GRUR 1941, p. 390. Pour M. Franzosi il est inutile de vouloir s'attacher à la simple différence alors que le droit exige une différence d'un niveau supérieur. Franzosi, *op. cit.*, p. 60.

²⁹¹ Voir dans ce sens Matter, *op. cit.*, p. 21 a. Tetzner, *op. cit.* ad § 1. Anm. 51, p. 89. Lindenmaier : Die schöpferische Leistung als Voraussetzung der Patenterteilung. GRUR 1939, p. 153. Sur le jugement de valeur en matière de droit d'auteur voir surtout Are, *op. cit.*, p. 175 et suiv.

²⁹² Blum et Pedrazzini, *op. cit.*, vol. I ad Art. 7. Anm. 7, p. 344 et suiv.

²⁹³ Sur la notion d'équivalence voir *infra*. Chapitre III n° 88.

²⁹⁴ Blum et Pedrazzini, *op. cit.*, vol. I ad Art. 7. Anm. 7, p. 347.

et de sa prétendue antériorité, entre leurs formes d'exécution, mais entre leurs principes techniques respectifs. La solution proposée par M. Offermann conduit en fait à se détacher des moyens mis en œuvre par chacune des entités techniques pour se fixer sur leur fonction. Il y a là un travail d'abstraction qui comporte déjà une grande part d'appréciation²⁹⁵.

Ces divergences d'opinion démontrent en tout cas que l'identité est une notion ambiguë²⁹⁶. On peut certes dire de deux dispositifs qu'ils ne sont pas identiques en raison de leur différence d'aspect extérieur — différence dans la forme, le nombre et la disposition des organes dans l'espace —. Mais si, par un travail d'abstraction, on va au-delà de cette dissemblance purement formelle pour extraire un principe technique commun, on aura alors découvert une identité cachée²⁹⁷. Dans ces conditions le jugement relatif à la nouveauté va être fonction de l'attitude du juge, de l'examineur qui peut soit se satisfaire des disparités de nature formelle, soit s'attacher aux principes techniques à la base des objets à comparer. Dans cette dernière hypothèse interviendra un jugement de valeur, la formulation d'une appréciation²⁹⁸. On constate donc qu'il est fort difficile de déterminer où finit le domaine de la nouveauté et où commence celui de l'originalité.

Avec le problème posé par l'introduction de certains équivalents dans le cadre de l'examen de la nouveauté, nous avons voulu démontrer que le domaine attribué à cette dernière pouvait empiéter sur celui réservé à l'originalité. Mais l'inverse est tout aussi vrai. Sous l'empire de la loi du 24 juillet 1844, le droit français était dominé par l'idée que la matière des brevets d'invention devait être débarrassée de toute appréciation d'ordre qualitatif, de tout jugement de valeur. La doctrine

²⁹⁵ Offermann, *op. cit.*, p. 138. Pour cet auteur, le jugement relatif à la nouveauté doit reposer sur des critères objectifs ; il s'agit d'une « Willensentscheidung » et non d'un « Werturteil ». Offermann, *op. cit.*, p. 144. Cette opinion est critiquable en ce qu'elle confond jugement de valeur et subjectivisme. Un jugement de valeur n'est pas subjectif dès lors qu'il ne dépend pas de la personne qui le formule. Or c'est toujours d'après des données objectives — état de la technique, capacités de l'homme de métier — que le jugement de valeur établissant l'originalité d'une invention est formulé ; du reste presque tous les jugements juridiques nécessitent des appréciations de valeur ; — par exemple la faute, la bonne foi, etc. Voir en ce sens Are et Lindenmaier cités sous note 291.

²⁹⁶ En droit allemand, la question de savoir si le domaine de l'équivalence fait partie de l'examen de la nouveauté est controversée. Reimer traite cette question dans le chapitre concernant le niveau inventif, c'est-à-dire l'originalité de l'invention. Reimer, *op. cit.* ad § 1. Anm. 36 et suiv., p. 59 et suiv. Pour Trustedt des moyens équivalents ne sont pas par définition identiques de sorte que le problème sort du cadre de l'examen de la nouveauté. Trustedt : *Patente und ihre Anmeldung*. München 1957, p. 47 et suiv. On peut citer toutefois en sens contraire Busse, *op. cit.* ad § 2. Anm. 3, p. 125 et Schramm : *Der Patentverletzungsprozess*, p. 18 et suiv., qui incluent les équivalents dits évidents — *glatte Äquivalente* — dans le domaine réservé à la nouveauté.

²⁹⁷ Dans ce sens Casalonga, *op. cit.*, vol. I, p. 48.

²⁹⁸ Voir notamment Troller : *Immaterialgüterrecht*, vol. I, p. 224.

traditionnelle ramenait alors les conditions de brevetabilité d'un dispositif technique à sa nouveauté et au caractère industriel de son résultat. En théorie il suffisait donc que le dispositif démontre une dissemblance même d'ordre mineur pour bénéficier d'un droit privatif. La protection était ainsi fondée sur la simple nouveauté²⁹⁹. Toutefois, les tribunaux français refusèrent de sanctionner par un monopole des réalisations qui ne se distinguaient des antériorités que par des différences purement quantitatives. Doctrine et jurisprudence élaborèrent alors des catégories juridiques qui devaient permettre de résoudre les problèmes de la brevetabilité sans faire appel à des jugements de valeur. On opposa ainsi la combinaison — brevetable — à la juxtaposition — non brevetable —, l'application nouvelle de moyens connus — brevetable — à l'emploi nouveau — non brevetable³⁰⁰ —. Or et malgré la création de ces différentes catégories, il s'avéra impossible de distinguer par exemple l'application nouvelle de l'emploi nouveau sans recourir à un jugement de valeur qualifiant la nouveauté. Ainsi dans l'arrêt *Carl Flohr*, la Cour de Paris, après avoir constaté que le dispositif en question — il s'agissait d'un escalier roulant mis en action par l'utilisateur grâce à un dispositif de commutation muni d'une cellule photo-électrique — ne se heurtait à aucune antériorité, n'en concluait pas moins : « considérant que le moyen dont se prévaut la société appelante ne revêt pas en quelque point de vue que l'on se place le caractère d'une *contribution originale* à la solution du problème qu'elle s'était posé puisque le dit moyen était à la portée de tout homme de métier »³⁰¹. Pour la Cour de Paris, la question de savoir s'il y avait application nouvelle et partant brevetabilité ou au contraire simple emploi nouveau dépendait en

²⁹⁹ Voir dans ce sens notamment Pouillet : *Traité des brevets d'invention*. Paris 1915 n° 31 et n° 84. Renouard : *Traité des brevets d'invention*. Paris 1865, p. 238. Rendu : *Traité pratique de droit industriel*. Paris 1855, p. 176. Mathely et La voix : *L'activité inventive, condition de brevetabilité*. Ann. 1956, p. 277. Pour la jurisprudence voir les arrêts cités par Valancogne, *op. cit.*, p. 229 et suiv.

³⁰⁰ Sur la pertinence de ces distinctions voir surtout Roubier, *op. cit.*, vol. II, p. 120 et suiv.

³⁰¹ Cour de Paris 19 mai 1944, cité par A. Casalonga, *op. cit.*, p. 114. Dans le même sens, voir Cass. 24 décembre 1929, Ann. 1933, p. 104. Cour de Paris 3 juin 1952, Ann. 1952, p. 238 : « utilisation nouvelle sans modification ni appropriation originale. » Trib. Seine 13 avril 1956, JCP 1956 n° 931 : « activité inventive ». Cass. 12 avril 1956, Ann. 1957, p. 14 avec note P. Mathely. « Idée inventive », Cour de Paris 31 mai 1957, Ann. 1957, p. 380. Certaines cours ont toutefois exclu le recours au critère de l'idée inventive et de l'homme de métier. Voir notamment Cour de Paris 2 avril 1960, Ann. 1960, p. 3. Cour de Paris 15 mai 1961, Ann. 1962, p. 7 avec note Gaultier. Cour de Paris 24 juin 1961, Ann. 1962, p. 19 avec note Le Tarnec. Cass. 7 avril 1965, Ann. 1965, p. 22. Cass. 6 juin 1967, Ann. 1967, p. 236. Cass. 15 novembre 1965, Ann. 1967, p. 141.

Avec la promulgation de la loi du 2 janvier 1968, la simple nouveauté ne suffit plus pour fonder la brevetabilité. L'art. 9 exige en effet que l'invention ne découle pas de manière évidente de l'état de la technique.

fait de l'originalité de la contribution de l'inventeur : cette condition venait ainsi empiéter sur le domaine réservé à la nouveauté.

Ces exemples illustrent combien le domaine de la nouveauté est étroitement imbriqué dans celui de l'originalité. En réalité nouveauté et originalité tracent les limites inférieures et supérieures d'une zone à l'intérieur de laquelle les résultats d'une activité intellectuelle ne se distinguent pas suffisamment de leurs antériorités pour pouvoir prétendre à la protection légale. Tous les points inscrits à l'intérieur de cette zone constituent en quelque sorte une succession de degrés intermédiaires de nouveauté qui demeurent toutefois en deçà de la limite qui fixe le seuil de l'activité créatrice. A partir d'un certain degré de nouveauté, les différences avec les antériorités deviennent telles qu'elles passent du plan quantitatif au plan qualitatif. L'originalité est alors établie et le résultat intellectuel traduit cette présence de l'activité créatrice qui seul justifie l'octroi d'un droit exclusif.

SECTION III :

L'ORIGINALITÉ DANS LE DROIT D'AUTEUR ET DANS LE DROIT DES BREVETS D'INVENTION

§ 1. CATÉGORIES DE CRITÈRES PERMETTANT D'ÉTABLIR L'ORIGINALITÉ D'UNE PRODUCTION INTELLECTUELLE.

55. Il ne suffit pas d'avoir défini l'originalité comme un degré supérieur de nouveauté, il faut encore établir les critères qui permettront de traduire cette condition sur le plan juridique. Pour qualifier la nouveauté d'une production intellectuelle on peut en effet songer à deux sortes de critères : les critères dits subjectifs ou personnels, c'est-à-dire ceux qui considèrent la réalisation intellectuelle en rapport avec sa cause, avec l'acte qui lui a donné naissance et les critères dits objectifs ou réels qui envisagent la chose créée dans ses rapports avec le monde extérieur³⁰². Il convient ici de souligner que les critères subjectifs ou personnels ne doivent pas être confondus avec la théorie psychologique qui s'attache aux circonstances afférentes à la personne de l'auteur, de

³⁰² Schramm : Die schöpferische Leistung, p. 200 et suiv. Pilenko, *op. cit.*, p. 244. Lindenmaier : Die schöpferische Leistung als Voraussetzung der Patenterteilung. GRUR 1939, p. 153. Franzosi, *op. cit.*, p. 75 et suiv., 95 et suiv. Ett. Luzzato, *op. cit.*, p. 111. Valancogne, *op. cit.*, p. 321. Voir aussi ATF 14 juin 1955 81 II p. 292, JdT 1956, 341 et 28 avril 1959 85 II 131, 140, JdT 1959, 589.

l'inventeur, qui examine le processus de création tel qu'il s'accomplit dans le cas concret. Du fait de son caractère purement interne, le déroulement d'un tel processus ne peut être pris en considération par le droit³⁰³. La genèse de l'œuvre, de l'invention reste ainsi à l'écart de toute appréciation juridique. Peu importe que l'auteur, l'inventeur ait, en l'espèce, mis à contribution ses propres facultés imaginatives ou intuitives. La seule question relevante est celle de savoir si l'œuvre ou l'invention dénote la présence d'une activité créatrice, cela sans égard à la personne de son créateur. L'acte intellectuel doit être apprécié dans l'abstrait et non dans l'hypothèse concrète³⁰⁴.

Les expressions suivantes « résultat d'une idée créatrice qui n'était pas à la portée d'un homme de métier ayant une bonne formation »³⁰⁵ « résultat d'un acte génial — flash of genius — »³⁰⁶ « acte non évident — non obviousness »³⁰⁷ qui sont utilisées dans le droit des brevets d'invention appartiennent toutes à la catégorie des critères dits subjectifs ou personnels car elles s'attachent à la nature de l'acte dont est issue l'invention. Il en va de même pour le droit d'auteur des expressions « produit d'une idée personnelle », « résultat d'une activité originale »³⁰⁸, « acte qui dépasse le cheminement normal de la pensée de tous les jours »³⁰⁹.

Les expressions « progrès technique clairement reconnaissable, essentiel, important »³¹⁰, « nouvelle utilité »³¹¹, « enrichissement de la technique »³¹², « avantage inattendu pour l'industrie »³¹³, « effet technique utile »³¹⁴, « succès commercial »³¹⁵, relèvent toutes, dans le droit

³⁰³ Voir *supra* n° 43.

³⁰⁴ Voir note 301. Voir aussi n° 43 *supra*.

³⁰⁵ Critère du niveau inventif — Erfindungshöhe — utilisé en droit suisse et en droit allemand, voir *infra* n° 58.

³⁰⁶ Utilisé dans certaines jurisprudences américaines, aujourd'hui abandonné: voir *Potter v. Commissioner of Patents* 140 Fed. 2nd 470; *Cuno Engr. Corp. v. Automatic Devices Corp.* 314 US, p. 84; *Jungerson v. Otsby and Barton* 335 US 560; *Rock-Ola Mfg v. Casano* 106 Fed. Supp., p. 723.

³⁰⁷ Critère actuellement en vigueur en droit américain et en droit français. Voir sect. 103. Patent Codification Act 1952; Titre 35 USC; voir aussi *Graham v. John Deere*: Cour Suprême des Etats-Unis 21 février 1968, 148. USPQ, p. 45. Pour la France voir art. 9 de la loi du 2 juillet 1968.

³⁰⁸ Critères utilisés en droit suisse et en droit allemand pour déterminer l'originalité d'une œuvre esthétique — voir *infra* n° 62 et suiv.

³⁰⁹ *Are, op. cit.*, p. 191.

³¹⁰ Types de critères objectifs employés en droit suisse et en droit allemand. Voir *infra* n° 57 et suiv.

³¹¹ Employé surtout en Italie: voir Ghiron, *op. cit.*, p. 12. Luzzato, *op. cit.*, p. 112.

³¹² Voir Blum et Pedrazzini, *op. cit.*, vol. I ad art. 1. Anm. 18, p. 105.

³¹³ Voir Roubier, *op. cit.*, vol. II, p. 64.

³¹⁴ Voir Osterrieth, *op. cit.*, p. 64 et suiv.

³¹⁵ Critère retenu par certaines cours américaines mais rejeté par la Cour Suprême. Voir *Jungerson v. Otsby* cité sous note 306.

des brevets d'invention, de la catégorie des critères objectifs ou réels car elles qualifient l'effet que la chose créée va produire dans la réalité extérieure. Tel est également le cas, en matière de droit d'auteur, des expressions « valeur ou degré esthétique » ³¹⁶, « dépassement esthétique — ästhetischer Überschuss » ³¹⁷, « valeur économique — Verkehrsfähigkeit » ³¹⁸.

§ 2. L'ORIGINALITÉ DANS LE DOMAINE DES BREVETS D'INVENTION.

A) Critères personnels et réels.

56. En exigeant d'une invention qu'elle résulte d'une idée créatrice d'un certain niveau — niveau inventif, « Erfindungshöhe » — et qu'elle démontre un progrès technique clairement reconnaissable, le droit suisse, à l'instar du droit allemand combine, aux fins d'établir l'originalité d'une règle technique, des critères de nature personnelle et réelle — subjectifs et objectifs ³¹⁹ —. La même conception se reflète en droit italien : dans un arrêt récent, la Cour de Cassation a jugé qu'un apport technique sera réputé intrinsèquement nouveau — novità intrinseca ou originalité — s'il n'est pas à la portée d'un technicien moyen agissant dans le cadre de son activité habituelle et s'il détermine un progrès, une amélioration de la technique existante ³²⁰. Le droit américain associe les critères de la « non évidence » — personnel — avec celui de « l'utilité » — réel — de l'invention ³²¹.

Avec la promulgation de la loi du 2 juillet 1968, le droit français a complètement changé de physionomie. Les critères objectifs ou réels ont totalement disparu ³²² pour laisser la place aux seuls critères personnels ainsi qu'en témoigne la rédaction de l'article 9 de la loi. Cette disposition prévoit en effet que l'invention est brevetable si à la date

³¹⁶ Critère actuellement utilisé en Allemagne pour distinguer l'œuvre d'art appliqué du modèle d'ornement, voir *infra* n° 126.

³¹⁷ Runge, *op. cit.*, p. 286 et suiv. : ce critère employé autrefois en Allemagne pour distinguer l'œuvre d'art appliqué du modèle d'ornement a été abandonné.

³¹⁸ Elster, *op. cit.*, p. 52, 179. Voir aussi Runge, *op. cit.*, p. 26 : L'œuvre doit avoir une valeur telle qu'elle puisse inciter les tiers à l'imiter.

³¹⁹ ATF 9 juin 1937 63 II 271. Voir aussi ATF 28 avril 1959 85 II 131, 14 janvier 1963 89 II 108, 29 juin 1963 89 II 156, 10 décembre 1968 94 II 319.

³²⁰ Cass. 7 décembre 1960 avec note Franzosi. Riv. dir. propr. ind. e della concorrenza 1968, p. 92. Cass. 24 octobre 1958. Riv. propr. int. e ind. 1958, p. 113. Appel Milan 29 novembre 1955. Riv. propr. int. e ind. 1955, p. 198 commentée par Ett. Luzzato. Riv. propr. int. e ind. 1955, p. 165.

³²¹ Sect. 101 et 103 du Patent Codification Act de 1952. Voir aussi Walker, *op. cit.*, p. 310 ; G. Woodling : *Inventions and their protection*. 2° éd. Albany 1954, p. 177.

³²² Sur l'ancienne loi française du 24 juillet 1844 voir n° 54 *supra* et notes 299 et 301.

du dépôt de la demande elle ne découle pas d'une manière évidente de l'état de la technique ³²³.

Quelle est l'importance respective des critères personnels et réels pour déterminer l'originalité d'une invention ? C'est ce qu'il nous faudra examiner ci-après.

B) *Les critères réels.*

a) *Les critères réels simples : le progrès technique.*

57. Les critères objectifs ou réels paraissent incapables de distinguer l'invention brevetable des autres règles techniques auxquelles la qualité inventive ferait défaut ; ceci pour une raison bien simple. Si pour caractériser le genre auquel appartient l'invention brevetable, on doit nécessairement recourir à des critères de nature objective, il tombe sous le sens que ces mêmes critères ne peuvent être utilisés pour identifier parmi toutes les productions appartenant à un même genre de manifestations intellectuelles, celles qui méritent d'être protégées. Ainsi le critère du progrès technique, interprété comme un enrichissement de la technique ³²⁴ est en réalité une caractéristique générique de toute règle technique pour peu qu'elle soit nouvelle. L'enrichissement de la technique suppose en effet qu'une nouvelle connaissance vienne s'ajouter à la somme des connaissances préexistantes qui forment l'état de la technique. Cette définition met alors en évidence l'identité des notions de progrès technique et de nouveauté de la règle.

Dans la doctrine on s'est efforcé en vain de séparer ces deux concepts. Ainsi pour M. Offermann la nouveauté matérielle et le progrès technique sont des conditions qui toutes deux nécessitent un examen des antériorités, une comparaison avec l'état de la technique. Toutefois la perspective dans laquelle cet examen est abordé ne serait pas la même : la nouveauté matérielle s'établirait sur la base des connaissances techniques existantes au jour du dépôt de la demande de brevet — Wissenstand der Technik —. Quant au progrès technique, il se définirait en fonction de la valeur de ces mêmes connaissances — Leistungsstand der Technik —. En d'autres termes, soutient M. Offermann, avec

³²³ Sur la loi française du 2 janvier 1968 tendant à valoriser l'activité inventive et à modifier le régime des brevets d'invention : voir A. Chavannes JCP 1968 I n° 2186. R. Gutmann : Das neue französische Patentgesetz, M. Heidungen 1965, p. 85. Valancogne, *op. cit.*, p. 334.

³²⁴ Blum et Pedrazzini, *op. cit.* ad Art. 1. Anm. 14, p. 95 et suiv. Troller : Immaterialgüterrecht, vol. I, p. 175. Reimer, *op. cit.* ad § 1. Anm. 25, p. 44. Benkard ad § 1. Anm. 19, p. 88. Tetzner, *op. cit.* ad § 1. Anm. 47, p. 84. Klauer-Möhrling, *op. cit.* ad § 1. Anm. 11, p. 86. Trustedt : Fortschritt und Erfindungshöhe als Voraussetzung der Patentfähigkeit nach deutscher Rechtsentwicklung. GRUR 1956, p. 349. Hubmann : Gewerblicher Rechtsschutz, p. 77.

le progrès technique on envisage une amélioration, à partir d'une certaine date, de l'état des moyens techniques à disposition tandis qu'avec la nouveauté matérielle on ne tient compte que d'une simple différence entre un état actuel et un état antérieur³²⁵. Mais cette distinction ne tient plus si, comme l'affirme la grande majorité de la doctrine, y compris M. Offermann, on considère cette amélioration des moyens non pas pour elle-même, mais en relation avec la satisfaction de besoins de la collectivité. Le progrès technique n'aura en effet de sens que s'il se traduit dans la seconde série causale de l'invention par un résultat social qui peut être de nature économique, esthétique ou encore socio-hygiénique³²⁶. Dès lors toute solution nouvelle représente déjà une amélioration de l'état de la technique, un enrichissement de cette dernière car la collectivité va pouvoir disposer d'un moyen supplémentaire pour la satisfaction de ses besoins. Il importe peu en effet que le moyen inventé soit plus ou moins efficace, qu'il présente à côté d'avantages certains inconvénients³²⁷. Ainsi l'invention d'un procédé de fabrication de caoutchouc synthétique à une époque où, en raison de la guerre, les matières premières étaient rares, constitue un progrès technique même si le caoutchouc ainsi obtenu est plus cher et d'une qualité inférieure au caoutchouc véritable. D'un point de vue strictement technique, il n'y a certes aucune amélioration. Mais la collectivité est enrichie par l'adjonction d'un nouveau moyen qui lui permet d'utiliser une matière synthétique offrant des propriétés analogues au caoutchouc véritable³²⁸.

Lorsque l'on envisage l'invention dans ses deux séries causales, on doit alors conclure que la nouveauté et le progrès technique forment en réalité une seule et même notion³²⁹. Le progrès est du reste inhérent à la technique car celle-ci n'est jamais gratuite : elle tend toujours vers une certaine finalité, vers l'idée d'un besoin à satisfaire³³⁰. N'importe

³²⁵ Offermann, *op. cit.*, p. 154.

³²⁶ Voir les auteurs cités sous note 324 à l'exception de Reimer qui considère qu'il ne peut y avoir de progrès que si l'amélioration a trait à la première série causale. Toutefois on voit mal comment on pourrait limiter la notion de progrès au seul résultat technique parce que celui-ci va nécessairement déboucher sur un résultat social. C'est toujours en termes sociaux que la notion de progrès va se traduire. Voir dans ce sens n° 36 *supra*.

³²⁷ Voir notamment Blum et Pedrazzini, *op. cit.*, vol. I ad Art. 1. Anm. 17, p. 104. Troller : Immaterialgüterrecht, vol. I, p. 176. Reimer, *op. cit.* ad § 1. Anm. 27, p. 47. Pour la jurisprudence voir notamment ATF 27 janvier 1912 38 II 286. Voir aussi BGH 2 décembre 1952. GRUR 1953, p. 120, où la Cour fédérale déclare toutefois que les avantages doivent surpasser les inconvénients.

³²⁸ Exemple fourni par Offermann, *op. cit.*, p. 156.

³²⁹ Voir *supra* n° 23, 36.

³³⁰ Voir dans ce sens, Ohnesorge : Der Zusammenhang zwischen Neuheit, Erfindungshöhe, Bereicherung der Technik und deren Verhältnisse zu ihren Bezugsgrundlagen. GRUR 1939, p. 219. Trustedt : Fortschritt und Erfindungshöhe, cité sous note 324. Lutter-Elster, *op. cit.*, p. 47. Pietzcker, *op. cit.* ad § 1. Anm. 76, p. 29, cité par Lindenmaier : Die schöpferische Leistung als Voraussetzung der Patenterteilung. GRUR 1939, p. 153 : « Fortschritt ist immer dann

quel résultat technique issu de l'application d'une nouvelle connaissance devient générateur de progrès entendu dans son sens le plus large. Le progrès, l'enrichissement de la technique, la nouvelle utilité qui constituent l'essentiel de la gamme des critères objectifs paraissent donc être des attributs nécessaires de toute innovation technique. Partant ils ne peuvent distinguer les inventions brevetables des autres règles techniques non brevetables ³³¹.

b) *Les critères réels qualifiés : le progrès technique essentiel, important.*

58. Si toute règle technique nouvelle amène un progrès technique, il faudra alors qualifier ce progrès si l'on veut établir ce degré supérieur de nouveauté à partir duquel une réalisation technique devient brevetable ³³². Doctrine et jurisprudence ont alors formulé le critère du progrès technique essentiel, important, notable ³³³. Cette qualification apparaît toutefois ambiguë : on peut en effet exiger un progrès important en soi ; le critère reste objectif puisqu'il envisage l'effet que produit la chose créée dans la réalité extérieure. Mais on peut aussi considérer que le progrès est notable dès lors qu'il résulte d'une idée créatrice, c'est-à-dire lorsqu'il n'était pas à la portée du spécialiste moyen. Le critère se teinte alors d'une connotation subjective car il évoque la cause, l'acte intellectuel dont est issue la création ³³⁴.

Jusqu'en 1937, le Tribunal fédéral appréciait l'importance du progrès en relation avec l'idée créatrice ³³⁵. Avec l'arrêt Philips la notion du progrès essentiel est érigée en condition autonome de brevetabilité ³³⁶. Enfin dans l'arrêt « Fabrique suisse de ressorts d'horlogerie S.A. contre

gegeben, wenn die Technik Neues lernt, das nicht überflüssig ist.» Franzosi, *op. cit.*, p. 86 et suiv. Hubmann : Gewerblicher Rechtsschutz, p. 82. Voir aussi ATF 29 janvier 1963 89 II 156, p. 156 : « Anche il requisito di progresso tecnico è strettamente connesso a quello della novità ma presuppone inoltre che questa risieda nella soluzione di un problema la quale soddisfi una esigenza umana e sociale. »

³³¹ Voir les auteurs cités sous note 330.

³³² Blum et Pedrazzini, *op. cit.* ad Art. 1. Anm. 18, p. 105.

³³³ En Suisse, voir ATF 9 juin 1937 63 II 271, JdT 1938 p. 40. Voir aussi ATF 15 septembre 1917 43 II 522, 3 mai 1922 48 II 294, 5 mars 1923 49 II 145, 20 janvier 1932 58 II 78. En Allemagne, l'existence d'un progrès technique important est considérée comme un indice de la présence du niveau inventif. Voir notamment RG 1^{er} octobre 1940. GRUR 1940, p. 546. Voir aussi la jurisprudence citée par Reimer, *op. cit.* ad § 1. Anm. 34, p. 54 et suiv.

³³⁴ Dans ce sens, Trustedt : Fortschritt und Erfindungshöhe, cité sous note 324.

³³⁵ Notamment ATF 20 janvier 1932 58 II 57, JdT 1933 I 371. Voir aussi Offermann, *op. cit.*, p. 165 ; de Mestral, *op. cit.*, p. 148.

³³⁶ ATF 9 juin 1937 63 II 271, JdT 1938 p. 40.

Hausheer et Norfos s.a.r.l. »³³⁷ le Tribunal fédéral abandonne cette exigence et se contente d'un progrès technique « clairement reconnaissable ». Le critère du progrès technique essentiel, notable, semble à première vue séduisant. Il appelle toutefois de sérieuses réserves. L'importance du progrès est en effet impossible à déterminer au moment du dépôt de la demande. Elle se manifeste généralement beaucoup plus tard³³⁸. Bien plus, et en raison des préjugés ancrés dans l'esprit des contemporains de l'inventeur, certaines inventions apparaissent au début de leur existence inutiles, dénuées de tout sens³³⁹. Il faut également relever la très grande relativité de ce critère : l'importance du progrès va en effet dépendre pour une très grande part du degré de développement du secteur technique où l'invention a été réalisée. Comme l'expose le Tribunal fédéral « il y a d'autres domaines où la technique est déjà si avancée que plus rien de sensationnel ne paraît pouvoir être découvert »³⁴⁰. Pour toutes ces raisons l'importance du progrès en soi ne saurait distinguer l'invention brevetable des autres règles techniques non brevetables³⁴¹.

Quant à la condition du progrès technique essentiel envisagé non plus pour lui-même mais dans le contexte de l'idée créatrice, elle se heurte à deux objections : d'une part cette condition aura toujours tendance à faire passer l'exigence de l'idée créatrice au second plan car le juge sera tenté de déduire de l'existence d'un progrès technique important la présence d'une idée créatrice. Cette approche reviendrait alors à ériger le critère du progrès technique essentiel en condition autonome de brevetabilité avec tous les inconvénients qui viennent d'être dénoncés³⁴².

Mais si, pour éviter de telles conséquences, on s'efforce de ramener l'examen du progrès technique essentiel dans le cadre de l'idée créatrice, la condition paraît être absorbée ou du moins faire double emploi avec le concept du niveau inventif. Dire en effet qu'est essentiel tout progrès qui dépasse le développement courant, normal de la technique revient en fait à apprécier si l'homme de métier bien formé — symbole de ce développement usuel de la technique — était capable ou non de con-

³³⁷ ATF 28 avril 1959 85 II 131, 140.

³³⁸ Voir les considérants du Tribunal fédéral dans l'arrêt Fabrique suisse de ressorts S.A. c. Hausheer et Norfos s.a.r.l., cité sous note 337.

³³⁹ Franzosi, *op. cit.*, p. 93.

³⁴⁰ ATF 14 septembre 1948 74 II 127, 141.

³⁴¹ Dans ce sens voir notamment F. Walleser : Das Leistungsprinzip und der technische Fortschritt. GRUR 1964, p. 533. Ohnesorge : Der Zusammenhang, cité sous note 330.

³⁴² Sur l'absence de tout rapport de proportionnalité entre le progrès technique et l'idée créatrice, voir notamment Steck, *op. cit.*, p. 126 ; Walleser, *op. cit.*, sous note 341 ; en sens contraire Ett. Luzzato, *op. cit.*, p. 112 qui estime que la constatation d'un progrès technique important dénote obligatoirement la présence d'un apport créateur.

cevoir la prestation intellectuelle dont est issu le progrès³⁴³. Dans un cas comme dans l'autre, il s'agit en effet de juger si la règle technique était à la portée de l'homme de métier, c'est-à-dire si le résultat de son application allait au-delà de ce que la technique industrielle courante produit généralement³⁴⁴. L'idée à la base de la formulation de ces deux concepts est donc la même : la technique n'est jamais statique, elle évolue constamment. Chaque jour voit naître des développements, des améliorations qui amènent des résultats nouveaux. Mais ces résultats ne sont dus qu'à une mise en valeur intelligente des connaissances anciennes. Tous ces résultats acquis grâce aux moyens que la technique industrielle courante met à disposition des gens de métier s'inscrivent dans une zone qui ne constitue que le prolongement logique, évident d'un état antérieur et qui, de ce fait, doit rester libre de tout monopole³⁴⁵. Ce n'est que si l'on quitte cette zone qui comprend tout ce qu'un homme de métier de bonne formation peut réaliser à partir d'un état donné de la technique défini par la loi que l'on pénètre dans le domaine réservé à l'invention. Dans cette optique, la condition du progrès technique notable, essentiel et celle du niveau inventif vise chacune à déterminer à partir de quel moment le seuil qui conduit à l'invention a été franchi, en d'autres termes quand la technique industrielle courante a été dépassée. Il s'agit là de deux méthodes qui aboutissent au même résultat encore que l'une s'attache plus aux causes du phénomène de la création, l'autre à ses effets³⁴⁶.

³⁴³ Dans ce sens notamment Lindenmaier : Die schöpferische Leistung als Voraussetzung der Patenterteilung. GRUR 1939, p. 153.

³⁴⁴ Voir ATF 28 avril 1959 85 II 131 critiquant l'opinion de MM. Blum et Pedrazzini : ces auteurs préconisent en effet la suppression des concepts de l'idée créatrice et du niveau inventif pour les remplacer par celui du progrès technique qualifié. Voir Blum et Pedrazzini, *op. cit.*, vol. I ad § 1. Anm. 18, p. 105 et suiv.

³⁴⁵ Voir *supra* n° 54. Dans la doctrine cette zone a été désignée sous des termes différents. *Patentfreier Zwischenraum*, Reimer, *op. cit.* ad § 1. Anm. 31, p. 51. *Sicherheitszone*, Schuster : Die Patentfähigkeit der Zusatzfindung. GRUR 1937, p. 1045. *Latenter Stand der Technik*, Schramm : Die Patentverletzungsprozess, p. 18. *Niveau potentiel de la technique*, Steck, *op. cit.*, p. 50. *Domaine de la technique industrielle courante*, Roubier, *op. cit.*, vol. II, p. 110. Voir aussi Kohler Handbuch, p. 95 et suiv. Troller : Immaterialgüterrecht, vol. I, p. 182. Blum et Pedrazzini, *op. cit.*, vol. I ad § 1. Anm. 19, p. 16 et suiv. et § 7. Anm. 6, p. 340 qui critiquent à juste titre l'opinion de Matter, lequel englobe sous le terme état de la technique tout ce qui est effectivement et potentiellement connu. Matter, *op. cit.*, p. 29 a.

Voir aussi Bollhalter c. Fleischer GmbH. 31 mai 1955 arrêt non publié du Tribunal fédéral reproduit partiellement dans ATF 14 janvier 1963 89 II 108.

³⁴⁶ Voir notamment ATF 28 avril 1959 85 II 131, 140 où notre instance suprême déclare « que du point de vue systématique il est préférable de mettre l'accent sur l'acte de création plutôt que sur son résultat ». Voir aussi Trustedt : Fortschritt und Erfindungshöhe. GRUR 1956, p. 349, 352 qui soutient que toute qualification du progrès technique fait absorber cette condition par le critère du niveau inventif. Dans le même sens Pilenko, *op. cit.*, p. 244. Franzosi, *op. cit.*,

Le critère du progrès technique qualifié est tout aussi peu satisfaisant que celui du progrès technique simple ; considéré indépendamment de toute référence à l'idée créatrice, il entraîne des conséquences souvent injustes pour les inventeurs ; envisagé dans le cadre de l'idée créatrice, il fait double emploi avec le critère du niveau inventif et se révèle donc parfaitement inutile. Enfin et même si on l'associe étroitement à l'idée créatrice, ce critère aura toujours tendance à s'ériger en condition autonome de brevetabilité. Ce qui vient d'être dit du progrès technique simple ou qualifié vaut également pour tous les autres critères objectifs ou réels ; dans ces conditions leur intervention semble incapable de trahir, sur le plan juridique, l'originalité de la règle technique.

C) *Les critères subjectifs ou personnels.*

59. Cette étude sera consacrée au seul critère du niveau inventif — Erfindungshöhe —. Elle n'a certes pas la prétention d'être exhaustive. Le critère du niveau inventif soulève en effet de nombreux problèmes tant au point de vue de la politique que de la systématique juridique. Un ouvrage entier pourrait donc lui être dédié. Notre propos est beaucoup plus modeste ; l'étude du critère du niveau inventif ne sera en effet envisagée qu'en fonction de son incidence sur l'institution du modèle d'utilité que l'opinion dominante associe à l'idée d'une petite invention. Deux questions paraissent à cet égard avoir une importance fondamentale : celle des rapports existant entre le niveau inventif et l'idée créatrice et celle de la méthode à suivre pour l'application du critère.

a) *Les rapports entre l'idée créatrice et le niveau inventif.*

60. On a coutume de dire en Suisse que l'arrêt Philips³⁴⁷ a aggravé les conditions de brevetabilité³⁴⁸. On aurait toutefois tort de croire que jusqu'en 1937 le Tribunal fédéral s'était contenté, à l'instar du droit français d'avant la réforme de 1968, de la simple nouveauté pour déclarer brevetable une invention. Preuve en est la décision publiée le 26 février 1923 au recueil ATF 49 II 136³⁴⁹ et considérée par notre

p. 75. Voir enfin Ett. Luzzato, *op. cit.*, p. 112 et surtout Cass. ital. 24 Oct. 1958. Riv. propr. intellet. e ind. 1958, p. 179 : « Il concetto di novità intrinsecata è unitario e la distinzione vale solo fra diversi mezzi di un requisito e non fra elementi costitutivi del requisito stesso. »

³⁴⁷ ATF 9 juin 1937 63 II 271, JdT 1938 I 40.

³⁴⁸ Voir notamment le Message du Conseil fédéral du 25 avril 1950 concernant la révision de la loi fédérale sur les brevets d'invention et le message complémentaire du 28 décembre 1951. FF 1950 I, p. 958 et suiv. FF 1952 I, p. 14. Dans le même sens voir A. Nickbaht-Djordani : De la protection des petites inventions. Genève 1951, p. 5. O. Bürgi, *op. cit.*, p. 58, 65. A. de Mestral, *op. cit.*, p. 179 et suiv.

³⁴⁹ JdT 1923, p. 386, 389.

instance suprême dans ce même arrêt Philips « comme marquant la limite la plus basse des exigences nécessaires à la notion d'invention ». Bien loin de se satisfaire de la simple nouveauté, le Tribunal fédéral, dans cet arrêt, faisait dépendre la brevetabilité d'une règle technique de la présence d'une idée créatrice, originale. Parce que « le défendeur s'était borné à développer ce qui existait déjà », parce qu'« il s'agissait d'une amélioration technique sans idée originale à sa base », la brevetabilité du dispositif fut refusée. On observe donc que dans cette décision, le Tribunal fédéral s'efforçait déjà de définir cette zone de sécurité qui représente le développement de la technique industrielle courante et qui doit rester libre de tout monopole.

On peut par conséquent se demander ce qui a été modifié par la jurisprudence inaugurée avec l'arrêt Philips et notamment en quoi réside cette augmentation des exigences relatives à la brevetabilité d'une règle technique. Il y a eu certes aggravation des conditions d'obtention du brevet quand l'arrêt Philips érige, à tort à notre avis, la notion du progrès essentiel, important, en condition autonome de brevetabilité³⁵⁰. En revanche il ne semble pas à première vue que l'on puisse déduire du critère du niveau inventif formulé pour la première fois dans cet arrêt, la manifestation d'une attitude plus sévère du Tribunal fédéral en matière de brevetabilité. En déclarant que l'invention ne doit pas être à la portée de l'homme de métier possédant une bonne formation³⁵¹, le Tribunal fédéral n'a fait que traduire par un concept précis, par une définition générale et abstraite cette exigence du dépassement de la technique industrielle courante qui jusqu'alors était énoncée d'une manière quelque peu empirique³⁵².

Cette affirmation paraît évidente si l'on considère le critère du niveau inventif dans son application. Elle est toutefois plus discutable lorsque l'on se penche sur les mobiles qui ont conduit le Tribunal fédéral à introduire ce concept. Cette question nous amène ainsi à examiner les rapports existant entre le critère du niveau inventif et l'idée créatrice tels qu'ils ont été définis par notre instance suprême. De cette jurisprudence, deux tendances opposées paraissent se dégager. Avec l'arrêt Philips et une grande partie des décisions qui lui sont postérieures, on note la volonté du Tribunal fédéral de faire dépendre

³⁵⁰ Conception aujourd'hui abandonnée par le Tribunal fédéral. Voir ATF 28 avril 1959 85 II 131, 140 où le Tribunal fédéral se contente d'un progrès clairement reconnaissable : il faut que la frontière qui sépare la zone du potentiellement connu de celle où commence l'invention soit nettement franchie. Voir dans ce sens Blum et Pedrazzini, *op. cit.*, vol. I ad Art. 1. Anm. 18, p. 109.

³⁵¹ Critère du niveau inventif utilisé notamment dans ATF 23 septembre 1969 95 II 363, 29 janvier 1963 89 II 156, 28 avril 1959 85 II 131, 14 février 1956 82 II 251, 14 juin 1955 81 II 298, 14 septembre 1948 74 II 140, 20 avril 1943 69 II 200, 9 juin 1937 63 II 276.

³⁵² Pour la jurisprudence antérieure à l'arrêt Philips, voir notamment Matter, *op. cit.*, p. 5 a.

l'octroi du brevet de l'originalité de l'idée créatrice. Pour notre instance suprême, le critère du niveau inventif est destiné à faire passer « l'originalité de l'idée créatrice au premier plan »³⁵³. Ainsi le Tribunal fédéral estime « qu'on ne saurait protéger par un brevet tout progrès dû à une idée créatrice »³⁵⁴, qu'en conséquence il faut « pour qu'une nouveauté puisse constituer une invention qu'elle soit le résultat d'une idée créatrice d'un certain niveau »³⁵⁵, « d'un certain degré d'originalité »³⁵⁶. Dans tous ces arrêts, le recours au critère du niveau inventif établit en quelque sorte une échelle des valeurs créatrices, une graduation de la notion d'originalité. Ce critère exprime une qualité particulière de l'idée créatrice.

Le second courant jurisprudentiel établit entre l'idée créatrice et le niveau inventif une relation d'équivalence : toute règle technique serait issue d'une idée créatrice dès lors qu'elle manifesterait la présence d'un niveau inventif³⁵⁷. Dans la première instance, le critère du niveau inventif vient qualifier la cause dont résulte la nouvelle connaissance technique alors que dans la seconde tendance c'est cette connaissance qui fait l'objet du jugement de valeur. Seule la dernière de ces interprétations peut conduire à des résultats positifs sur le plan juridique. La qualification de l'idée créatrice par le critère du niveau inventif paraît être une confusion d'ordre terminologique. Dans tous les arrêts où cette conception domine, le Tribunal fédéral n'opère aucune distinction entre l'acte intellectuel, la cause dont procède la règle technique, et son résultat, c'est-à-dire l'invention telle qu'elle est extériorisée dans la réalité. Le problème que pose la double signification du terme « invention » ou « création » est donc totalement ignoré³⁵⁸, d'où cette formulation d'expressions tautologiques comme par exemple « le degré d'originalité », « le niveau de l'idée créatrice ». Or de toute évidence, le critère du niveau inventif ne peut se rapporter à la cause de la création car celle-ci est déjà qualifiée a priori. En posant l'exigence de l'idée créatrice, le droit manifeste clairement son intention de ne pas se contenter de n'importe quelle idée, de n'importe quel genre d'activité spirituelle. Comme il est impossible d'analyser le processus intellectuel qui a produit la nouvelle connaissance, il faudra rechercher dans la chose créée, dans la règle technique objectivée, les signes qui permettent de conclure

³⁵³ ATF 9 juin 1937 63 II 271.

³⁵⁴ ATF 28 avril 1959 85 II 131.

³⁵⁵ ATF 29 janvier 1963 89 II 156.

³⁵⁶ ATF 14 septembre 1948 74 II 127.

³⁵⁷ Voir notamment ATF 23 septembre 1969 95 II 363, 14 janvier 1963 89 II 108, 8 mars 1966 92 II p. 48, 51.

³⁵⁸ Sur l'importance de la distinction en général, voir n° 43 et en particulier dans le domaine des brevets d'invention, R.E. Blum : *Schöpferische Idee und Erfindungshöhe als Kriterium der patentwürdigen Erfindung*. GRUR Ausl. 1956, p. 1 et suiv. Offermann, *op. cit.*, p. 53. Matter, *op. cit.*, p. 19 a. Franzosi, *op. cit.*, p. 5. Hubmann : *Gewerblicher Rechtsschutz*, p. 34 et suiv.

qu'elle procède d'une idée créatrice. Le critère du niveau inventif ne peut donc s'appliquer qu'à l'objectivation de l'acte intellectuel³⁵⁹. Ce n'est dès lors que si l'on établit qu'une nouvelle connaissance technique n'était pas à la portée de l'homme de métier, qu'elle ne découlait pas d'une façon évidente de l'état de la technique, que l'on pourra dire de cette connaissance qu'elle témoigne de la présence d'une idée créatrice. Le critère du niveau inventif ne qualifie pas l'idée créatrice mais permet d'en déceler l'existence³⁶⁰.

La précision est importante pour la suite de notre travail : qualifier l'idée créatrice, c'est-à-dire graduer l'originalité d'une production intellectuelle conduit à reconnaître la validité sur le plan juridique du concept de la petite invention. Toute règle technique nouvelle et partant génératrice de progrès serait une petite invention lorsqu'elle procède d'une idée créatrice d'une valeur toutefois inférieure à celle dont est issue la grande invention. En revanche, si on rattache le critère du niveau inventif à la connaissance technique, à la chose créée, la notion de la petite invention devient un illogisme flagrant ; car ou bien la règle technique dépasse ce qui était à la portée d'un homme de métier de bonne formation et elle constitue une invention, ou bien elle n'atteint pas ce niveau. Dans ce cas il ne s'agit plus d'une invention mais d'une simple innovation technique qui se situe dans la ligne de développement de la technique industrielle courante et qui, par conséquent, ne peut prétendre à la protection légale³⁶¹.

³⁵⁹ Cela ressort très nettement de l'ATF du 8 mars 1966 92 II 48 : « Die technische Lehre... Erfindungshöhe besitzt. »

³⁶⁰ Telle paraît également être la position de la doctrine allemande encore que dans ce pays un mouvement se dessine en faveur de la suppression de l'expression « schöpferische Leistung ». Voir notamment Reimer, *op. cit.* ad § 1. Anm. 31, p. 51. Dans le même sens Hubmann : *Gewerblicher Rechtsschutz*, p. 79 et suiv. qui soutient qu'une activité créatrice n'intervient jamais dans la conception de l'invention technique. Voir également sur ce point, Trustedt : *Erfindungshöhe und Fortschritt...*, cité sous note 324, et Tetzner, *op. cit.* ad § 1. Anm. 47, p. 88.

Il faut également signaler que dans un arrêt récent, la Cour fédérale allemande évite le terme « schöpferische Leistung » et utilise l'expression « höhere geistige Leistung ». BGH 6 mai 1960. GRUR 1960, p. 427.

³⁶¹ Les contradictions manifestées par la jurisprudence du Tribunal fédéral relatives aux rapports entre le critère du niveau inventif et l'idée créatrice se reflètent également dans la doctrine. Pour plusieurs auteurs le critère du niveau inventif exprime une qualité de l'idée créatrice, voir notamment A. Troller : *Der schweizerische gewerbliche Rechtsschutz*. Bâle 1948, p. 40 ; dans le même sens Steck, *op. cit.*, p. 165. Offermann, *op. cit.*, p. 53, 159. Pour A. Martin-Achard, le niveau inventif qualifie à la fois l'idée créatrice et le progrès technique. A. Martin-Achard, *op. cit.*, p. 147 a. En raison de l'imprécision de la notion d'idée créatrice et de niveau inventif M. R.E. Blum propose l'abandon de ces deux concepts, voir R.E. Blum : *Schöpferische Idee und Erfindungshöhe als Kriterium der patentwürdigen Erfindung*. GRUR Ausl. 1956, p. 1. Dans le même sens mais également pour d'autres motifs voir Blum et Pedrazzini, *op. cit.*, vol. I ad Art. 1. Anm. 20, p. 118.

b) *L'application du critère du niveau inventif.*

61. Avec le concept du niveau inventif le droit a forgé un critère dont l'application doit permettre de situer une nouveauté technique en deçà ou en delà de la zone du potentiellement connu, du domaine relevant de l'état virtuel de la technique³⁶². Ce critère va en effet établir une norme standard de développement, d'enrichissement de la technique au moyen de laquelle on pourra apprécier la qualité inventive d'une innovation technique³⁶³. Le droit fait alors intervenir une figure hypothétique, une fiction légale, le spécialiste moyen ou l'homme de métier possédant une bonne formation³⁶⁴. Ce que le spécialiste moyen aurait pu développer à partir de l'état de la technique tel qu'il est défini par la loi constitue la norme standard d'enrichissement de la technique qui servira d'étalon pour établir la qualité inventive de l'innovation. Dans une première opération, on comparera la règle technique avec l'état de la technique existant à la date du dépôt de la demande de brevet — examen de la nouveauté —. Dans une seconde opération on recherchera si l'apport nouveau que représente cette nouvelle connaissance dépasse ce qu'aurait pu accomplir « un homme de métier possédant une bonne formation et connaissant cet état de la technique à l'aide de son expérience et de ses capacités par un effort intellectuel normal »³⁶⁵, — examen de l'originalité —. La formule paraît quelque peu ambiguë. Le droit donne de cet homme de métier un signalement fort sommaire. S'agit-il d'un ouvrier, d'un contremaître ou encore d'un ingénieur ? La plupart des auteurs admettent que les qualifications de l'homme de métier varient selon la branche technique envisagée : plus la technique est développée, plus les qualifications du spécialiste doivent être élevées³⁶⁶. Quant aux

³⁶² Voir *supra* n° 57.

³⁶³ Dans la terminologie de MM. Blum et Pedrazzini, le critère du niveau inventif établit une « Bereicherungsnorm ». Voir aussi R.E. Blum : Das Kriterium des gut ausgebildeten Fachmannes. GRUR Ausl. 1956, p. 200 et suiv.

³⁶⁴ Sur le concept de l'homme de métier voir notamment Troller : Immaterialgüterrecht, vol. I, p. 81. Blum et Pedrazzini, *op. cit.*, vol. I ad Art. 1. Anm. 19, p. 111. Matter, *op. cit.*, p. 25 a. Reimer, *op. cit.* ad § 1. Anm. 33, p. 13. Benkard, *op. cit.* ad § 1. Anm. 26 et suiv., p. 91 et suiv. Tetzner, *op. cit.* ad § 1. Anm. 51, p. 84.

Dans certains arrêts le Tribunal fédéral a considéré que « c'est l'opinion des experts judiciaires, adoptée par les juges de commerce qui constitue l'opinion des hommes de métier ». Voir notamment ATF 14 septembre 1948 74 II 133 et 14 février 1956 82 II 238, 249. Pour M. Blum, le concept de l'homme de métier perdrait ainsi son caractère objectif. Voir R.E. Blum : Das Kriterium des gut ausgebildeten Fachmannes. GRUR Ausl. 1956, p. 199 et suiv. Toutefois ainsi que l'expose M. Troller ce ne sont pas les capacités et le savoir des experts qui entrent en ligne de compte mais bien celles de l'homme de métier telles qu'elles ont été définies par les experts. Troller : Immaterialgüterrecht, vol. I, p. 183 et suiv. Les discussions doctrinales relatives aux capacités différentes de l'homme de métier de bonne formation et du spécialiste moyen paraissent aujourd'hui dépassées ; voir notamment ATF 28 avril 1959 85 II 139 : « On peut admettre que l'homme de métier moyen a une bonne formation. »

³⁶⁵ ATF 26 septembre 1969 95 II 363.

³⁶⁶ Steck, *op. cit.*, p. 66. Troller : Immaterialgüterrecht, vol. I, p. 190.

aptitudes que celui-ci posséderait, il ne doit en tout cas pas faire preuve d'un talent inventif quelconque³⁶⁷. C'est là que réside à notre avis la grande lacune du critère tel qu'il est appliqué par la jurisprudence. L'effort intellectuel normal que l'on est en droit d'exiger du spécialiste moyen s'oppose certes à l'activité inventive³⁶⁸. Mais on ne peut se contenter d'affirmer qu'est inventif tout ce qui excède les capacités normales du spécialiste moyen. Il faut encore établir ce que sont ces capacités normales et le critère du niveau inventif à cet égard n'est pas du tout explicite.

L'analyse doit par conséquent être poussée plus loin et va faire appel aux notions philosophiques et psychologiques qui définissent le phénomène de la création³⁶⁹. M. Franzosi est un des auteurs, peu nombreux du reste, qui ait placé son étude de l'invention sur ce plan. Pour M. Franzosi l'invention est le fruit d'une intuition : considérant qu'une invention est toujours la combinaison de deux objets, de deux idées préexistantes³⁷⁰, c'est la manière dont ces idées sont combinées qui fera ressortir la qualité inventive d'une règle technique. Les idées peuvent en effet être combinées selon deux schémas différents ; dans le premier schéma, les idées sont combinées sur la base d'un principe déjà connu. Quand bien même elle serait nouvelle, la combinaison ne possède aucune qualité inventive car elle est déjà tout entière implicitement contenue dans les prémisses, c'est-à-dire dans le principe d'association. Dans le second schéma, les idées sont combinées sans que l'on ait recours à un principe d'association préexistant mais grâce à une activité spirituelle qui perçoit immédiatement les propriétés des objets qui permettent leur combinaison. Dans ce schéma le raisonnement logique n'y trouve aucune place. L'inventeur ne déduit pas une conclusion sur la base de prémisses, il l'imagine³⁷¹, ce qui ne veut pas dire qu'une fois l'association établie, il ne soit pas possible de vérifier cette proposition logiquement. Mais la démonstration logique intervient a posteriori³⁷². Au niveau de la conception de la règle, l'invention se caractérise donc comme un acte allogique.

Dans une perspective analogue, M. Valancogne distingue la pratique industrielle courante de l'activité inventive. Dans la pratique industrielle

³⁶⁷ Voir notamment Steck, *op. cit.*, p. 67 qui ajoute qu'un spécialiste moyen sans aucune veine créatrice est une hypothèse inconcevable : cette opinion ne doit pas être retenue ; l'homme de métier est une fiction légale : il importe donc peu qu'il ne corresponde à aucune figure de la réalité.

³⁶⁸ Dans ce sens Benkard, *op. cit.* ad § 1. Anm. 27, p. 92 ; voir aussi Tetzner, *op. cit.* ad § 1. Anm. 47, p. 89.

³⁶⁹ Voir *supra* n° 44 et suiv.

³⁷⁰ Voir *supra* n° 37 et suiv.

³⁷¹ Franzosi, *op. cit.*, p. 111 et suiv.

³⁷² Franzosi, *op. cit.*, p. 140. C'est pourquoi pour apprécier la qualité inventive de la règle il faut se reporter à la date du dépôt de la demande. Voir sur ce point Reimer, *op. cit.* § 1. Anm. 61, p. 83. Sur les difficultés qu'entraîne cette appréciation a posteriori, voir Steck, *op. cit.*, p. 132.

courante, les associations viennent immédiatement à l'esprit de l'homme de métier qui effectue une opération intellectuelle : l'activité inventive suppose au contraire « qu'il se crée un lien entre deux idées qui n'ont jamais eu de rapport entre elles et qui jaillissent subitement dans le champ de la connaissance ». Ce nouveau lien créé par cette association d'idées présentera par rapport à l'état antérieur de la technique un élément de discontinuité. Ce facteur de discontinuité permettra alors de tracer la limite entre l'invention et la technique industrielle courante³⁷³.

Le critère du niveau inventif doit donc être précisé dans ce sens ; ce qui est à la portée de l'homme de métier, ce que celui-ci peut réaliser par un effort intellectuel normal va donc correspondre à toutes les connaissances techniques que le spécialiste moyen aurait pu développer en partant de l'état de la technique, à l'aide du seul raisonnement logique³⁷⁴. Le principal reproche que l'on pourrait adresser à cette

³⁷³ Valancogne, *op. cit.*, p. 318, 326. Cet auteur exige toutefois que la discontinuité soit d'une certaine importance. Il faut, dit M. Valancogne, que l'invention atteigne un seuil pour être brevetable, c'est-à-dire un niveau inventif. Valancogne, *op. cit.*, p. 330. Tout comme le Tribunal fédéral dans l'arrêt Philips, M. Valancogne qualifie de la sorte une seconde fois l'invention alors que le fait même de la constatation d'une discontinuité devrait suffire pour établir sa présence.

³⁷⁴ Dans le même sens, J. Conradt : Versuch einer neuen Deutung des Begriffes « Erfindungshöhe ». GRUR 1959, p. 111. Osterrieth, *op. cit.*, p. 62. Kohler Handbuch, p. 95 et suiv. R.E. Blum : Das Kriterium..., cité sous note 363, p. 75. Toutefois cet auteur, de même que M. Franzosi, prèchent pour la suppression de cette fiction légale qu'est l'homme de métier bien formé. Cependant, on ne pourra dire d'une règle technique qu'elle découle d'une façon logique de l'état de la technique que si on se réfère à une classe de personnes déterminées : une réalisation technique conçue par un juriste, un homme de lettres qui n'aurait aucune connaissance ou capacité technique sera certes le fruit d'une intuition car l'état de la technique n'a pour lui aucune signification. Toutefois pour le spécialiste moyen elle sera le produit d'un pur raisonnement logique. Le recours à la logique, à l'intuition ou l'imagination sert à préciser les notions de « capacités normales », « effort intellectuel normal » mais ne remplace pas le concept de l'homme de métier bien formé qui doit subsister comme point de référence. Voir dans ce sens Troller : Immaterialgüterrecht, vol. I, p. 185 et suiv.

Que l'invention soit le résultat d'une activité allogique est un principe implicitement reconnu dans toutes les législations :

Voir pour la Suisse : ATF 14 septembre 1948 74 II 127, 142 « idée heurtant les conceptions courantes », 28 juin 1966 92 II 280, 290 « Sel Rex s'est écarté des chemins battus ».

Pour l'Italie : Cass. 28 novembre 1968. Rassegna 1968, p. 116 qui épouse totalement les conceptions de Franzosi.

Pour les Etats-Unis : voir § 103 USC qui prévoit que par rapport à l'état de la technique, la règle technique ne doit pas être évidente « non obvious ». L'invention est donc le contraire de la simple habileté mécanique « mechanical skill » et suppose que l'on s'est écarté des voies traditionnelles. Voir Woodling, *op. cit.*, p. 158 ; Bouju : La protection des inventions aux Etats-Unis. Paris 1961, p. 26 et suiv. Voir aussi Cour Suprême 21 février 1968. 148 USPQ, p. 459 et suiv.

Pour la France : voir article 9 de la loi française du 2 janvier 1968. Voir aussi A. Chavannes, *op. cit.*, sous note 323, et A. Perot-Morel : L'incidence sur le droit français de la Convention de Strasbourg unifiant certaines règles des brevets d'invention. JCP 1965, n° 1905.

conception qui fait intervenir des notions psychologiques telles que imagination, intuition, logique est qu'elle ne tient pas suffisamment compte des conditions réelles dans lesquelles s'effectue la recherche appliquée. Les innovations techniques ne sont plus l'œuvre de chercheurs isolés mais de groupes de savants, de techniciens. Chacun d'eux se voit attribuer une tâche particulière et exerce ses facultés déductrices dans une direction déterminée en vue d'un résultat précis, fixé à l'avance. Par un travail systématique et organisé, ce groupe de chercheurs emmagasine de nouvelles connaissances sur la base desquelles il parviendra au résultat final, au produit terminé. D'un stade à l'autre de la recherche il n'y a généralement qu'une activité déductrice ou inférentielle sans aucune intervention de l'imagination ; chaque résultat intermédiaire est le corollaire évident, nécessaire du résultat précédent et ainsi de suite jusqu'au résultat final. On ne peut dire d'un tel résultat qu'il est le produit d'une intuition, le fruit d'une activité créatrice puisqu'il a été obtenu ensuite d'un travail de pure routine et grâce aux moyens financiers que l'entreprise a mis à disposition des chercheurs³⁷⁵. Cette affirmation n'est toutefois pas incompatible avec les conclusions qui viennent d'être dégagées : l'originalité d'une réalisation se juge non pas d'après la prestation subjective de son auteur, mais d'après le résultat de l'activité intellectuelle objectivée dans la réalité, c'est-à-dire en matière de brevets d'invention d'après la nouvelle connaissance technique qui forme l'objet de la demande de brevet³⁷⁶. Le résultat final est certes la suite logique, évidente des connaissances intermédiaires découvertes et conservées par le groupe de chercheurs, mais du moment que celles-ci n'ont pas été divulguées, elles ne font pas partie de l'état de la technique³⁷⁷. Dès lors peu importe que ce résultat final, que la règle technique prenne sa source dans une activité méthodique, planifiée ; peu importe que la prestation soit l'œuvre de plusieurs personnes utilisant chacune un raisonnement déductif ou inférentiel. Est essentielle par contre la constatation que l'homme de métier bien formé n'aurait pu parvenir, sur la base de l'état de la technique connu au jour du dépôt

³⁷⁵ C'est une des raisons pour laquelle MM. Blum et Pedrazzini écartent les notions de niveau inventif et d'idée créatrice. Blum et Pedrazzini, *op. cit.*, vol. I ad Art. 1. Anm. 20, p. 121.

³⁷⁶ Voir *supra* n° 43. Le critère du niveau inventif qui traduit l'originalité d'une production technique ne fait donc pas appel à la théorie psychologique. La thèse de l'activité inventive du doyen Roubier ne fait pas suffisamment cette distinction. Voir Roubier, *op. cit.*, vol. II, p. 58, 112 et suiv.

³⁷⁷ Jugé dans ce sens : ATF 28 novembre 1967 93 II 504. Le critère du flash of genius tel qu'il existait dans la jurisprudence américaine avait pour conséquence d'exclure la brevetabilité des inventions de groupe ; voir notamment Potts v. Coe 145 Fed 2nd, p. 27 : « The result is a gradual advance in scientific knowledge made possible because large funds have been spent on research — not on invention. » Avec la promulgation du Patent Codification Act de 1952 une telle interprétation n'est plus possible ; voir § 103 USC : « Patentability shall not be negatived by the manner in which the invention was made. »

de la demande, au même résultat au moyen d'une activité intellectuelle relevant du domaine de la pure logique³⁷⁸. L'invention de groupe — Teamerfindung — ne constitue pas par conséquent un type différent d'inventions auxquels des critères particuliers devraient être appliqués³⁷⁹.

La méthode qui vient d'être exposée pour déterminer le niveau inventif d'une production technique ne permet certes pas d'établir dans chaque cas particulier si la zone relevant de la technique industrielle courante a été effectivement dépassée. Il faudra recourir à des indices dont la présence devrait manifester dans l'hypothèse concrète l'existence d'une invention. Au nombre de ces indices forgés par la doctrine et la jurisprudence on peut citer, l'effet de surprise³⁸⁰, la victoire sur un préjugé³⁸¹, la difficulté vaincue³⁸², le besoin insatisfait pendant une longue période³⁸³, etc. Quelle valeur faut-il attribuer à ces indices ? La présence d'un seul suffit-elle à établir l'invention ? La question nous entraînerait trop loin³⁸⁴. Ce qu'il importe en revanche de souligner, c'est qu'une fois que l'on a conclu au dépassement de l'état d'avancement virtuel de la technique, c'est-à-dire lorsque l'on a admis que l'objet de la demande de brevet n'était pas à la portée de l'homme de métier agissant dans les conditions qui viennent d'être mentionnées, l'invention doit être reconnue sans que l'on ait à qualifier à nouveau cette dernière. Le jugement relatif au niveau inventif est un jugement alternatif³⁸⁵ : ou bien la règle technique atteint le niveau inventif ou bien elle reste en deçà. On n'a donc pas à se demander quelle était la mesure du dépassement, si celle-

³⁷⁸ Naturellement le raisonnement devient artificiel si l'on considère que la plupart des inventions sont le fruit d'une recherche planifiée, d'une activité méthodique d'un groupe de techniciens. Si l'on veut véritablement tenir compte de la situation réelle, il faudrait alors forger un critère qui ne soit plus à la mesure de l'individu, mais du groupe, de l'entreprise. Les aptitudes d'une collectivité d'hommes de métier et non d'un seul spécialiste seraient alors prises en considération.

³⁷⁹ Ambiguë paraît être cette formule du Tribunal fédéral : « Cio significa che meritevoli di protezione sono solo quelle realizzazioni le quali presuppongono nel inventore una intuizione non comune nell'intravederne il risultato, e specie nel campo della chimica, un metodo di lavoro, di ricerca. » Voir ATF 29 janvier 1963 89 II 156, 167. En faveur de l'application de critères spéciaux pour l'invention de groupe voir F. Walleser : Die Patentwürdigkeit der Routine und Teamerfindungen. Mitt. 1962, p. 95 ; voir aussi Blum et Pedrazzini, *op. cit.*, vol. I ad Art. 1. Anm. 19, p. 115.

³⁸⁰ ATF 13 avril 1943 69 II 187, 194.

³⁸¹ ATF 13 avril 1943 69 II 187, 199.

³⁸² ATF 29 janvier 1935 61 II 51.

³⁸³ ATF 29 janvier 1935 61 II 51.

³⁸⁴ Sur les indices de brevetabilité en général, voir Blum et Pedrazzini, *op. cit.* ad § 1. Anm. 21, p. 124. Matter, *op. cit.*, p. 30 a et suiv. Steck, *op. cit.*, p. 120. Troller : Immaterialgüterrecht, vol. I, p. 197. Franzosi, *op. cit.*, p. 146.

³⁸⁵ Conradt : Versuch einer neuen Deutung..., cité sous note 374.

ci était plus ou moins importante³⁸⁶. L'application du critère du niveau inventif ne détermine jamais l'existence d'une échelle des valeurs créatrices au sein du groupe des inventions brevetables³⁸⁷. Son rôle s'épuise dans la délimitation du domaine de la simple nouveauté envers celui de l'originalité, à savoir dans l'identification du degré de nouveauté spécifique à partir duquel la différence, de quantitative qu'elle était, devient qualitative. Toute qualification subséquente de l'originalité impliquant une graduation de cette dernière paraît donc exclue.

§ 3. L'ORIGINALITÉ DANS LE DOMAINE DU DROIT D'AUTEUR.

62. L'interdiction sanctionnée par le droit positif³⁸⁸ d'apprécier le mérite, la valeur artistique de l'œuvre exclut, dans le domaine du droit d'auteur, tout recours aux critères objectifs ou réels pour établir l'originalité d'une production esthétique. La plus ou moins grande intensité de l'effet esthétique que celle-ci produit sur les sens du spectateur, de l'auditeur, l'importance de sa valeur artistique doivent ainsi rester à l'écart des préoccupations du juriste³⁸⁹. Le juge n'a en effet pas à porter de jugement d'ordre esthétique, ce qui élimine automatiquement toute intervention de ces critères³⁹⁰. Les petites monnaies du droit d'auteur — catalogues publicitaires, livres d'adresses, cartes géographiques, etc. — rentrent donc dans la catégorie des œuvres protégées au même titre que les toiles de maîtres ou les symphonies des grands musiciens. S'il est incontestable que seuls des critères personnels ou subjectifs doivent entrer en ligne de compte pour déterminer l'originalité d'une œuvre, le grand problème demeure celui du choix du critère le plus approprié à la nature des réalisations esthétiques.

³⁸⁶ Dans ce sens Blum et Pedrazzini, *op. cit.* ad § 1. Anm. 19, p. 107. Matter, *op. cit.*, p. 23 a. Conradt : Versuch einer neuen Deutung, cité sous note 374. Trustedt : Fortschritt und Erfindungshöhe, cité sous n° 324.

³⁸⁷ Le critère du niveau inventif détermine l'originalité d'une règle technique d'une façon négative ; il ne fait rien d'autre que d'établir que la règle ne relève pas du domaine de la technique industrielle courante. On ne peut donc lui en demander plus. Voir dans ce sens Blum et Pedrazzini, *op. cit.*, vol. I ad Art. 1. Anm. 20, p. 118 et suiv. notamment 120.

³⁸⁸ Notamment par l'article 2 de la loi française du 11 mars 1957. Voir aussi art. 1 de l'avant-projet de la commission d'experts de la loi fédérale sur le droit d'auteur.

³⁸⁹ Voir *supra* n° 18. Voir aussi Schramm : Die schöpferische Leistung, p. 205 et suiv. et ATF 4 février 1942 68 II 58, 22 novembre 1949 75 II 355.

³⁹⁰ Sur le mérite et la valeur artistique de l'œuvre, voir Desbois, *op. cit.*, p. 3. Voir aussi Troller : Immaterialgüterrecht, vol. I, p. 468 ; Di Franco : Le opere dell'ingegno di carattere creativo. Riv. dir. com. 1942 I, p. 44.

A) *La distinction entre les créations esthétiques — Schöpfung — et les prestations industrielles — Leistung —.*

63. En exigeant que l'œuvre possède un caractère individuel, qu'elle représente une création personnelle de l'esprit, une grande partie de la doctrine considère que cette condition n'est remplie que si l'œuvre porte la marque de la personnalité de son auteur³⁹¹. Cette doctrine distingue alors les créations esthétiques — Schöpfung — des prestations industrielles — gewerbliche Leistung —. Dans la création esthétique, l'auteur imprime sa personnalité à l'œuvre ; il y est reconnaissable à travers elle. Les prestations industrielles possèdent au contraire un caractère impersonnel. L'activité intellectuelle de leur auteur s'extériorise certes dans un résultat qui diffère des choses faisant partie du patrimoine commun mais la prestation n'exprime pas la personnalité de son auteur. Elle aurait pu être réalisée par n'importe qui. En d'autres termes, dans les prestations les facultés imaginatives de l'individu ne sont que la cause du résultat objectivé dans la réalité extérieure alors que dans les créations elles sont à la fois cause et effet car elles vont se manifester dans l'œuvre elle-même³⁹².

Ainsi définie, la catégorie des prestations industrielles est loin de présenter un caractère homogène. Certes tous les auteurs s'accordent pour y faire figurer les petites monnaies du droit d'auteur mais, pour le surplus, les opinions sont divergentes. Ainsi M. Schramm y inclut les prestations des artistes exécutants et celles des producteurs de disques. Cet auteur distingue deux sortes de prestations : celles dites originaires qui se manifestent par un résultat nouveau qui doit son existence à une activité personnelle de l'auteur — photographies, idées commerciales, etc. — et celles dites reproductrices qui dépendent directement de l'acte créateur d'un tiers — interprétation d'une œuvre par un artiste, enregistrement d'un morceau de musique —³⁹³. Pour M. Hubmann le domaine attribué aux prestations est encore plus vaste puisqu'il comprend, entre autres, les découvertes scientifiques et les inventions techniques³⁹⁴.

³⁹¹ Voir les auteurs cités sous note 255. Voir aussi Troller : Originalität und Neuheit, cité sous note 253. R. del Bianco, *op. cit.*, p. 24. Siegwart, *op. cit.*, p. 31 et suiv. Rintelen, *op. cit.*, p. 45. Runge, *op. cit.*, p. 31.

³⁹² Hubmann : Das Recht des schöpferischen Geistes, p. 40 et suiv. Voir aussi Möhring-Nicolini, *op. cit.* ad § 2. Anm. 16, p. 44 : « Das Werk soll also nicht als ein von der Person seines Schöpfers losgelöster Rechtsgegenstand betrachtet werden, sondern die persönliche Schöpfung als solche ist Schutzgegenstand. »

³⁹³ Schramm : Grundlagenforschung, p. 218 et suiv. : la prestation de l'artiste exécutant n'est pas créatrice car elle se borne à reproduire ce qui existait déjà.

³⁹⁴ Le savant, dit M. Hubmann, n'objective pas une partie de sa personnalité intime dans la découverte. Le résultat du travail scientifique, c'est-à-dire la découverte de quelque chose qui était jusqu'alors inconnu, n'a pas été créé

a) *Le caractère hétérogène des prestations industrielles et le problème de leur réglementation sur le plan du droit positif.*

64. La distinction entre les créations et les prestations industrielles appelle de nombreuses réserves : tout d'abord et en raison de leur caractère hétérogène — la prestation du producteur de disques voisine avec celle de l'auteur d'un livre d'adresses — elles ne sont pas susceptibles de faire l'objet d'une définition générale et abstraite. Dès lors et si l'on veut assurer leur protection par des dispositions spéciales³⁹⁵ — que celles-ci soient autonomes ou rattachées à la loi sur le droit d'auteur — il faudra recourir au système de l'énumération avec tous les inconvénients qu'une telle méthode implique lorsque cette énumération est réputée exhaustive³⁹⁶. Dans cette perspective la loi deviendrait une sorte de « fourre-tout » où les objets protégés seraient déterminés en fonction d'un choix politique qui pourrait sur le moment sembler judicieux mais se révélerait catastrophique dans le futur³⁹⁷.

La protection des prestations par le biais de la concurrence déloyale, notamment par la clause générale, solution préconisée par certains auteurs³⁹⁸ n'est guère plus satisfaisante. La loi sur la concurrence déloyale a pour fonction de garantir à chacun le libre développement de sa personnalité économique en proscrivant certains moyens de concurrence considérés comme déloyaux. Elle ne sanctionne donc pas le

par le savant. Dès lors et même si la découverte a été la conséquence d'une activité personnelle du savant, le résultat de la recherche scientifique aurait été le même s'il avait été le fait d'un autre chercheur. Dans la découverte, il y a indépendance complète du résultat de l'activité scientifique d'avec la personnalité de celui qui l'a entreprise. Ces mêmes conclusions, soutient M. Hubmann, peuvent s'appliquer à l'invention technique car l'inventeur s'est borné à isoler un rapport de causalité entre certains phénomènes naturels qui existait de tout temps, et d'en tirer une application pratique. Certes, reconnaît M. Hubmann, l'objectivation matérielle de la règle technique établie par l'inventeur sera nouvelle : la machine, le produit ne sont nés qu'au moment où la règle technique a été appliquée dans la réalité. Mais de tels résultats ne sont qu'une conséquence nécessaire, obligatoire de l'application de la règle. Il ne peut donc y avoir de création. Voir Hubmann : *Das Recht des schöpferischen Geistes*, p. 39 ; *id.*, *Urheber- und Verlagsrecht*, p. 39 ; *id.*, *Gewerblicher Rechtsschutz*, p. 78 et suiv.

³⁹⁵ Solutions préconisées par Vischer : *Die Purifikation*, cité sous note 255. Del Bianco, *op. cit.*, p. 24, et Hubmann : *Urheber- und Verlagsrecht*, p. 39 et suiv.

³⁹⁶ On pourrait objecter que la plupart des lois sur le droit d'auteur recourent au système de l'énumération ; celle-ci n'est toutefois pas exhaustive. Au surplus, les objets protégés possèdent tous un élément commun : leur caractère représentatif. Ainsi l'exposé explicatif de l'avant-projet de la loi fédérale sur le droit d'auteur définit l'œuvre comme une production intellectuelle d'*expression* littéraire, musicale ou artistique. Voir exposé explicatif p. 19.

³⁹⁷ Pourquoi en effet protéger les prestations des producteurs de disques, et pas celles des éditeurs d'œuvres tombées dans le domaine public ou encore des auteurs de nouveaux programmes d'ordinateur ?

³⁹⁸ Tels Schramm : *Grundlagenforschung*, p. 227 et suiv., et Runge, *op. cit.*, p. 31 et suiv.

respect des situations acquises par la concession d'une exclusivité³⁹⁹. Quelle que soit la terminologie utilisée dans les divers systèmes de droit positif — bonne foi⁴⁰⁰, bonnes mœurs⁴⁰¹, correction professionnelle⁴⁰² — l'acte de concurrence déloyale se caractérise comme un abus de la concurrence économique par des moyens jugés contraires à une certaine éthique professionnelle — *Berufethos*⁴⁰³ — et qui, de ce fait, faussent l'équilibre, l'égalité des chances qui, au départ, doit exister entre tous les concurrents⁴⁰⁴ ; en bref, est un concurrent déloyal celui qui ne respecte pas les règles du jeu. Ces fondements seraient

³⁹⁹ Sur les rapports entre le droit de la concurrence déloyale et les lois spéciales : — droit d'auteur, brevets d'invention, dessins et modèles — qui confèrent un véritable monopole, voir notamment O. Germann : Concurrence déloyale. Zürich 1945, p. 238 et suiv. B. von Büren : Über das Verhältnis, cité sous note 204. R. Iklé : Entwicklungstendenzen des gewerblichen Rechtsschutzes dans Beiträge zum Wirtschaftsrecht, Festgabe für den schweizerischen Juristentag. St-Gall 1944, p. 113 et suiv. W. Hug. Unlauterer Wettbewerb. Festgabe August Schirmer. St-Gall 1941, p. 17 et suiv. De Graffenried, *op. cit.*, sous note 204. Fikentscher, *op. cit.*, p. 137, 277. Baumbach-Hefermehl : Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht. Berlin-Münich 9^e éd. 1964, vol. I. Partie générale : Anm. 84, p. 49 et suiv. Anm. 283 et suiv., p. 419. R. Franceschelli : Trattato, vol. I, p. 3 et suiv., vol. II, p. 537 et suiv. L. Sordelli : La concorrenza sleale : Studi di diritto industriale. Milan 1955, p. 39 et suiv. Ascarelli, *op. cit.*, p. 186 et suiv. Roubier, *op. cit.*, vol. I, p. 493 et suiv.

⁴⁰⁰ Art. 1 al. 1 de la loi fédérale sur la concurrence déloyale du 30 septembre 1943.

⁴⁰¹ § 1 de la loi allemande sur la concurrence déloyale du 7 juin 1909.

⁴⁰² Art. 2598 al. 3 du Code civil italien.

⁴⁰³ Voir R. Isay : Das Rechtsgut des Wettbewerbsrechtes. Berlin 1933, p. 54 et suiv.

⁴⁰⁴ Selon la doctrine dominante, la loi sur la concurrence déloyale ne crée pas en faveur d'individus déterminés, un droit subjectif absolu. Elle sanctionne la violation d'une norme de conduite objective qui oblige les concurrents à se comporter les uns envers les autres d'une façon loyale. Dans ce sens notamment Baumbach-Hefermehl, *op. cit.* Partie générale ad Anm. 40, p. 105 ; von Büren, *op. cit.*, p. 98. P.G. Jaeger : Valutazione comparativa di interessi e concorrenza sleale. Riv. dir. ind. 1970 I, p. 5, 38 et suiv.

Pour le Doyen Roubier, l'acte de concurrence déloyale se caractérise comme l'excès d'une liberté civile : la libre concurrence qui garantit à tout individu l'accès et la participation à la lutte économique est une liberté civile. Cette liberté ne crée aucun droit subjectif en faveur de certains concurrents mais le devoir d'observer une conduite loyale dans la concurrence économique. L'action en concurrence déloyale ne sanctionne pas un abus de droit, mais la violation d'un devoir. Roubier, *op. cit.*, vol. I, p. 529 et suiv. ; *id.*, Droits subjectifs et situations juridiques. Paris 1963, p. 145 et suiv.

Pour d'autres auteurs, l'action en concurrence déloyale sanctionnerait la violation d'un droit subjectif absolu sur un bien déterminé : mais qu'il s'agisse de la violation d'un droit de la personnalité — J. Kohler : Der unlautere Wettbewerb. Berlin-Leipzig 1914, p. 17 ; Rosenthal : Wettbewerbsgesetz. Berlin 1930, p. 8, 130 —, de la violation du droit à l'exercice d'une entreprise — R. Callmann : Der unlautere Wettbewerb. Mannheim 1932, p. 32 —, de la violation du droit à l'accès à une position concurrentielle (Recht an der Wettbewerbsstellung) — Kummer : Anwendungsbereich und Schutzgut der privatrechtlichen Rechtssätze gegen unlauteren und gegen freiheitsbeschränkenden Wettbewerb. Bern 1960, p. 87 et suiv. —, enfin de la violation du droit sur « l'avviamento »,

alors complètement bouleversés si on assurait par le biais de la concurrence déloyale la protection des prestations industrielles contre leur reproduction ou leur imitation par des tiers. On établirait ainsi en faveur de certains entrepreneurs de véritables monopoles d'exploitation, illimités dans le temps, cela en l'absence de tout droit privatif résultant d'une loi spéciale — brevets d'invention, dessins et modèles, droit d'auteur —.

Si la loi sur la concurrence déloyale vise toujours une certaine conduite, l'emploi de moyens déloyaux par un concurrent, elle ne peut interdire l'imitation d'une production intellectuelle indépendamment des circonstances qui accompagnent l'acte de reproduction. Ce principe est du reste bien observé par les tribunaux en matière de répression de la copie servile ; celle-ci n'est en effet condamnée que si elle est entourée de circonstances particulières qui lui donnent un caractère illicite. La copie servile est un sujet très vaste dont l'étude déborderait le cadre de ce travail ⁴⁰⁵. Il suffit ici d'en rappeler les principes essentiels. Dans

c'est-à-dire sur une qualité de l'entreprise ou encore sur son goodwill —, Rotondi : *Avviamento et concurrence déloyale*. Rev. trim. dr. com. 1956, p. 17 et suiv. ; *id.* : *Studi di diritto industriale*. Padoue 1957, chap. I, p. 116 et suiv. ; chap. XIX, p. 455 et suiv. ; *id.* : *Le varie forme di lesione dell avviamento come criterio di classificazione degli atti di concorrenza sleale*. Riv. dir. com. 1956 I, p. 337 et suiv. —, les contours du bien protégé ne peuvent jamais être définis par avance. Dès lors l'intérêt de ces constructions sur le plan d'une application pratique paraît singulièrement limité.

⁴⁰⁵ Sur la copie servile traitée d'une manière générale voir Ulmer : *La répression de la concurrence déloyale dans les Etats membres de la CEE*. Munich 1967, p. 106 et suiv. E. Martin-Achard : *Copie servile de formes non protégées par un droit de propriété industrielle (ou par le droit d'auteur)*. Conférence donnée à la treizième journée de l'Union des fabricants, Bellagio-Milan septembre 1968.

Dans les systèmes de droit positif, voir en particulier :

Pour l'Allemagne : J. Seligsohn : *Ist die Nachbildung von Maschinen und anderen schutzreifen Gegenstände erlaubt ?* GRUR 1926, p. 241 ; A. Osterrieth : *Der Nachbau von Maschinen*. GRUR 1925, p. 131. R. Callmann : *Sittenwidrige Ausbeutung fremder Arbeit*. GRUR 1928, p. 251. F. Schmoschewer : *Zur Frage der sklavischen Nachahmung von technischen Schöpfungen*. GRUR 1929, p. 381. Gewiese : *Die Ausnutzung fremder Gedanken und Arbeiten und der sogenannte sklavische Nachbau im Wettbewerbsrecht*. GRUR 1933, p. 633 et suiv. *Id.* : *Sklavische Nachahmung*. GRUR 1936, p. 296. P. Schroeter : *Die Sittenwidrigkeit bei der Benutzung fremder Arbeit und Gedanken im Wettbewerb*. GRUR 1949, p. 228. P. Nerretter : *Wettbewerbsrechtlicher Schutz technischer und ästhetischer Arbeitsergebnisse*. GRUR 1957, p. 408 et suiv., 525 et suiv. G. Alexander-Katz : *Der Nachbau von Maschinen und Apparaten in wettbewerbsrechtlicher Hinsicht* : *Der Betriebsberater* 1957, p. 301 et suiv. Tetzner : *Die Problematik der General-Klausel des § 1 UWG* ; NJW 1962, p. 108 et suiv.

Pour la Suisse : R.E. Blum : *Schutz der Immaterialgüter vor sklavischer Nachahmung auf technischem Gebiet*. Zurich 1947. A. Leyer : *Über den Rechtsschutz technischer Konstruktionen vor massgetreuer Nachahmung*. SJZ 49 (1953), p. 369. R.E. Blum : *Über den Rechtsschutz technischer Konstruktionen vor massgetreuer Nachahmung*. 50 SJZ (1954), p. 111. B. von Büren : *Nochmals zum Rechtsschutz technischer Konstruktionen*. 51 SJZ (1955), p. 273. A. Troller : *Unlauterer Wettbewerb, begangen durch Ausbeutung fremder Leistung*. Riv.

la grande majorité des cas, la copie servile crée un risque de confusion sur l'origine, la provenance de produits ou de marchandises. Dans ce cas ce n'est pas la copie en soi qui est réprimée mais le fait de n'avoir pas pris toutes les mesures qui s'imposaient pour éviter un tel risque lorsque celles-ci pouvaient être raisonnablement exigées du concurrent sans qu'elles nuisent au bon fonctionnement ou à l'esthétique du produit⁴⁰⁶. Le concurrent est condamné parce qu'il n'a pas observé l'obligation de différencier, dans la mesure du possible, sa production de celle d'autrui. Mais indépendamment de tout risque de confusion, d'autres circonstances peuvent rendre la copie illicite. Ainsi en sera-t-il lorsqu'elle n'a été possible qu'à la suite d'une violation d'un rapport de confiance⁴⁰⁷, d'une corruption d'employés⁴⁰⁸ ou encore qu'elle s'inscrit

dir. Ind. 1960 Parte I, p. 72. P. Zihlmann : Gedanken zum Schutz vor Sklavischer Nachahmung. 65 SJZ (1969), p. 353 et suiv.

Pour l'Italie : L. Bonasi Benucci : Tutela della forma nel diritto industriale. Milan 1963, p. 107 et suiv. L. Di Franco : Concorrenza sleale e diritto d'autore Dir. aut. 1938, p. 451 et suiv. M. Benedicenti : Imitazione servile come atto di concorrenza sleale. Riv. dir. com. 1944, p. 227 et suiv. Casella : Imitazione servile, confusione e confondibilità. Riv. dir. com. 1952 II, p. 27. A. Luzzato : ancora sulla repressione della imitazione servile. Riv. prop. int. e ind. 1955, p. 159. G.A. Guglielmetti : Imitazione servile di modello non brevettato o il cui brevetto sia venuto meno. Riv. dir. Ind. 1957 II, p. 139. F. Pasquera : Precisazioni sul concetto di imitazione servile e sulla difesa del prodotto originale. Riv. dir. com. 1957 I, p. 161. L. Sordelli : Manifestazione e finalità di forme, di prodotti e protezione giuridica, cité sous note 8 chap. prélim. R. Franceschelli : Forza distintiva di una forma originale scaduta di brevetto per modello d'ornamento. Riv. dir. ind. 1960 II, p. 204 et suiv. M. Rotondi : L'imitazione servile come atto di concorrenza sleale, indépendamment de confondibilité di prodotti. Studi di diritto industriale. Padoue 1951, p. 364 et suiv. G. Sena : Utilità è funzione distintiva della forma del prodotto. Riv. dir. ind. 1958 I, p. 726 et suiv.

Pour les Etats-Unis : G. Ott : Die sklavische Nachahmung im anglo-amerikanischen Wettbewerbsrecht. GRUR Ausl. 1961, p. 317. Walter J. Derenberg : Sklavische Nachahmung, Recht oder Unrecht. GRUR Ausl. 1965, p. 341 et suiv.

⁴⁰⁶ La copie servile entraînant un risque de confusion a donné lieu à une abondante jurisprudence ; en ce qui concerne les conditions fixées par la jurisprudence pour prononcer son interdiction, on se référera aux auteurs cités sous note 405.

⁴⁰⁷ Voir pour la Suisse : ATF 10 juillet 1951 77 II 263, JdT 1952 p. 200 : violation d'un rapport de confiance dans un contrat d'entreprise ; mais si les objets imités ont été lancés sur le marché après que les rapports contractuels ont pris fin, le procédé n'est plus déloyal. Voir ATF 7 juillet 1967 93 II 272, ATF 17 mars 1964 90 II 51, JdT 1964 p. 627 : violation d'un rapport de confiance résultant de relations précontractuelles : commandes d'échantillons d'étoffes dans le seul but de les imiter.

Pour l'Allemagne : BGH 16 mars 1956. GRUR 1956, p. 284. Copie et exécution de plans remis à l'examen. Oberlandesgericht Cologne 10 avril 1957. GRUR 1958, p. 95. Copie d'étoffes d'après un catalogue remis à l'examen.

Pour les Etats-Unis : N.Y. 30 juillet 1956. 47 TMR 1957, p. 35 : Copie de modèles de haute-couture résultant d'une tromperie. Le demandeur organisait chaque année un défilé où il présentait sa nouvelle collection à des acheteurs et des journalistes ; chaque invité s'engageait à ne pas révéler ou exploiter les nouveautés du demandeur ; au mépris d'une telle promesse, le défendeur avait copié servilement un certain nombre de créations du demandeur.

dans le cadre d'une imitation planifiée, systématique de tout ou partie de la production d'un concurrent⁴⁰⁹. Dans toutes ces hypothèses la loi sur la concurrence déloyale s'attache à la conduite du concurrent, au moyen employé et non à la copie en tant que telle⁴¹⁰. La prestation industrielle n'est donc jamais directement en cause.

Elle l'est certes dans une certaine mesure lorsque les tribunaux allemands et américains ont condamné comme acte de concurrence déloyale le parasitisme économique — Schmarotzen —, l'exploitation immédiate des résultats du travail d'autrui⁴¹¹. Toutefois cette hypothèse

⁴⁰⁸ RG 23 février 1934. RGZ 144, p. 41. BGH 1^{er} juillet 1960. GRUR 1960, p. 40, 42.

⁴⁰⁹ Voir pour l'Allemagne : RG 9 avril 1937. GRUR 1938, p. 69. BGH 27 novembre 1959. GRUR 1960, p. 244.

Pour l'Italie : Appel. Milan 16 juin 1959. Riv. dir. Ind. 1959 II, p. 260. Cass. 6 novembre 1961 - 17 avril 1962. Riv. dir. ind. 1962 II, p. 12 et suiv. Trib. Milan 29 avril 1965. Dir. aut. 1965, p. 32, et récemment Cass. 14 mars 1968. Rassegna 1968, p. 58 et suiv. Appel. Milan 24 mai 1968. Rassegna 1968, p. 154 et suiv.

Voir aussi sur l'imitation systématique, R. Franceschelli : Studi Riuniti di diritto industriale. Milan 1959, p. 384 et suiv., et Bonasi Benucci, *op. cit.*, p. 159 et suiv.

⁴¹⁰ Certains auteurs soutiennent cependant que l'imitation servile est en soi un acte de concurrence déloyale. La déloyauté, estime cette doctrine, est manifeste lorsque l'imitation porte sur un prototype avant même que la fabrication en série ne soit commencée. L'imitateur peut ainsi offrir sur le marché les produits imités presque en même temps que l'auteur de la prestation originale. Voir dans ce sens Rotondi, *op. cit.*, note 405. Pasquera, *op. cit.*, sous note 405. R. Callmann : Style and Design Piracy. 22 JPOS (1940), p. 657. L'argument est de taille ; dans le domaine de la concurrence économique, le facteur « temps » est essentiel. Si on ne peut être le seul à produire un bien, il est important que l'on soit le premier ; l'imitation d'un prototype par un concurrent peut ainsi réduire à néant les efforts de celui qui l'a mis au point. Toutefois cette circonstance ne fait pas de l'imitation servile en elle-même un acte de concurrence déloyale. Les entreprises s'efforcent de ne pas divulguer leurs prototypes avant que la série ne soit lancée sur le marché. L'imitation des prototypes par un concurrent n'est en fait possible que parce que celui-ci en a eu connaissance en usant de pratiques déloyales — violation d'un devoir de confiance, corruption d'employés, etc... Ce n'est donc pas le fait d'imiter le prototype qui est déloyal, mais le moyen qui a rendu la copie possible.

⁴¹¹ « Unmittelbare Ausnützung eines fremden Arbeitsergebnisses », voir pour l'Allemagne : Baumbach-Hefermehl, *op. cit.* ad § 1. Anm. 289, p. 422 et suiv. Hubmann : Gewerblicher Rechtsschutz, p. 250 et suiv. D. Reimer : Das Recht des unlauteren Wettbewerbs in den Mitgliedstaaten der EWG, vol. III. Deutschland : Munich-Cologne 1968, p. 214 et suiv. Nerreter, *op. cit.*, note 405. S. Gastiger : Inwieweit ist die unmittelbare Ausnützung einer fremden Leistung ein Akt unlauteren Wettbewerbs ? GRUR 1965, p. 179.

Aux Etats-Unis, l'exploitation immédiate des résultats du travail d'autrui est un acte de concurrence déloyale qui relève de la « misappropriation doctrine ». Voir Derenberg, *op. cit.*, sous note 405. M. H. Ahrens : The misappropriation doctrine after Sears-Compco. 59 TMR (1969), p. 88 et suiv. « Developments in the Law of Competitive Torts ». 77. Harv. Law Review, p. 888, 937 et suiv.

de concurrence déloyale n'affecte pas l'intégrité de la règle qui prescrit que toute production intellectuelle peut être librement imitée lorsqu'elle ne fait pas l'objet d'un droit exclusif prévu par une loi spéciale⁴¹². Même si indirectement elle crée en faveur de l'auteur de la prestation originale un monopole sur cette dernière, l'interdiction vise toujours un comportement déterminé d'un concurrent jugé déloyal. L'exploitation n'est pas illicite parce que le concurrent a reproduit les résultats d'un certain travail mais parce qu'il se les ait directement appropriés en utilisant les moyens que la technique moderne met à disposition⁴¹³. Qu'il s'agisse de repiquage d'enregistrements, de la retransmission radiophonique ou télévisée d'événements artistiques, de compétitions sportives, le concurrent n'imité pas un modèle de la réalité extérieure mais il capte directement et sans frais une source de profits à laquelle il n'a pas droit⁴¹⁴. L'exploitation de la prestation d'autrui ne devient

⁴¹² Voir les auteurs cités sous note 411.

⁴¹³ Voir notamment : Cour Suprême des Etats-Unis, 248 US 215, 239 « ... to transmit that news for commercial use in competition with complainant... is a very different matter. In doing this defendant, by its very act, admits that it is taking material that has been acquired by complainants as the result of organization and expenditure of labor, skill and money and which is salable by complainant for money, and that defendant in appropriating it and selling it as its own is endeavouring to reap where it has not sown and... is appropriating to itself the harvest of those who have sown. »

Voir aussi S.C. New York 6 avril 1964 141 USPQ p. 310, 311 : « actually what was done here was not the copying of some articles made and sold by others but rather the appropriation of the very product, taking in effect the original and incorporating it in the record. »

Voir enfin BGH 13 oct. 1965. BGHZ 44, p. 288 et suiv. 297 : « Der Rechtsfehler des Berufungsgerichts besteht in der Verkenntung der unterschiedlichen Voraussetzungen des Tatbestandes der Nachahmung einerseits und derjenigen der unmittelbaren Ausnutzung eines fremden Leistungsergebnisses andererseits. Insofern verkennt das Berufungsgericht, dass der Beklagte das in den Nachbildung der Klägerin zutage tretende Leistungsergebnis nicht etwa mit Hilfe eines technischen Verfahrens unmittelbar ausnützt, sondern jedes Stück seiner Nachbildung schnitzt. »

⁴¹⁴ Pour l'Allemagne voir : RG 7 avril 1910 RGZ 73, p. 294 ; repiquage de disques.

BGH 25 juillet 1958 BGHZ 27, p. 1 et suiv. : captation et projection dans les cinémas du défendeur d'une retransmission télévisée en direct d'un match de football.

BGH 21 novembre 1958 BGHZ 28, p. 387 : Culture par le défendeur d'une variété d'œillets, grâce à une bouture mise au point par le demandeur.

BGH 31 mai 1960 BGHZ 33, p. 20 et suiv. : Retransmission radiophonique d'un spectacle de cabaret.

Toutefois le principe fut appliqué d'une façon plus restrictive dans les arrêts les plus récents de la Cour fédérale : ainsi dans une affaire relative à la reproduction photomécanique de l'édition d'une œuvre tombée dans le domaine public, la Cour fédérale jugeait que l'exploitation immédiate des résultats du travail d'autrui ne devenait déloyale que si elle permettait un accaparement inéquitable — unbillig — des profits qui devaient revenir à l'auteur de la prestation originale. Le seul fait de la photocopie ne suffisait pas à rendre l'acte déloyal. BGH 30 avril 1968. BGHZ 1969, p. 41 et suiv. Dans le même sens, BGH 2 juillet 1947. GRUR 1969, p. 618 à propos du surmoulage d'un dentier.

donc illicite qu'en raison de la nature des manœuvres auxquelles le concurrent a recouru. Dans tous ces cas, la loi sur la concurrence déloyale ne protège pas directement le résultat déterminé d'une activité intellectuelle contre les atteintes émanant de tiers. Elle proscriit certaines méthodes qui permettent à des concurrents de s'appropriier les fruits du travail d'autrui sans qu'eux-mêmes n'aient eu à fournir une contrepartie quelconque ⁴¹⁵.

b) *Pertinence des critères distinguant les créations des prestations industrielles.*

65. La division entre les créations et les prestations industrielles est déjà critiquable parce qu'elle sanctionne l'existence d'une catégorie de productions intellectuelles au caractère hétérogène qu'il sera difficile de soumettre à un régime juridique déterminé sans déroger aux exigences d'une bonne systématique. Mais la distinction pêche aussi par le fait qu'elle repose entièrement sur le critère de l'empreinte personnelle qui marque l'œuvre, déterminant ainsi son originalité. Or la légitimité d'un tel critère peut être sérieusement mise en doute non seulement parce

Aux Etats-Unis, malgré le principe établi par la Cour Suprême dans les arrêts *Sears Roebuck and Co v. Stiffel Company* 9 mars 1964 140 USPQ 524 et suiv. et *Compco v. Day* — *Brite Lighting Inc* 9 mars 1964 140 USPQ 528, qui interdit aux Etats d'assurer par le biais du régime de la concurrence déloyale, un monopole sur une production intellectuelle qui n'aurait pas fait l'objet d'un droit privatif selon la loi fédérale — Brevets d'invention, dessins et modèles, droit d'auteur —, la doctrine de la « misappropriation » paraît toujours être appliquée par les Cours américaines, ce qui indique que les espèces sont différentes. Voir sur ce point M. H. Ahrens cité sous note 411.

Pour la jurisprudence voir :

Cour Suprême des Etats-Unis, (1918) 248 US 215 : Publication par une agence, de nouvelles de presse recueillies par un concurrent. District Court ND Penn 8 août 1938 retransmission non autorisée d'un match de base-ball.

SC New-York 3 octobre 1941 31 TMR, p. 472 : Captation d'une retransmission radiophonique d'un match de base-ball.

SC New-York 18 octobre 1950 40 TMR, p. 1072 : Enregistrement non autorisé de représentations du Metropolitan Opera.

SC New-York 15 mars 1966 149 USPQ 465 : Captation et diffusion d'informations commerciales recueillies par un tiers.

District Court C.D. California 3 févr. 1967 152 USPQ, p. 787 : Photocopie d'une édition par le procédé offset. Mais voir Cour d'Appel 12^e Circuit 11 mars 1952 92 USPQ, p. 340 où à propos d'une reproduction photomécanique du livret de l'opéra *Falstaff* dans l'édition Ricordi, le juge Hand refusa d'appliquer la « misappropriation doctrine », celle-ci devant être limitée aux faits mêmes qui ont motivé sa première application, c'est-à-dire à la diffusion de nouvelles de presse ; dans le même sens Cour d'Appel 9^e Circuit 15 juillet 1964 142 USPQ 269 qui, en plus, invoque les arrêts *Sears Roebuck* et *Compco*.

⁴¹⁵ Dans ce sens D. Reimer, *op. cit.*, p. 191. En sens contraire Vischer, *op. cit.*, p. 266 et suiv., qui estime que par ce détour on en arrive à une protection absolue des « Leistungen ».

qu'il se situe en marge du droit positif⁴¹⁶ mais encore parce qu'il ne paraît pas correspondre aux réalités d'ordre sociologique et psychologique qui entourent la création littéraire et artistique. Dans la plupart des cas la paternité d'une œuvre ne peut être attribuée à un auteur déterminé qu'en raison de la signature qui figure sur le manuscrit ou sur la toile. Le fait qu'un tiers puisse par un plagiat tromper le public sur les origines d'une œuvre démontre qu'il est fort difficile de reconnaître un auteur au travers de sa création⁴¹⁷. D'autre part, l'histoire nous enseigne que l'art, après les excès du post-romantisme, tend depuis la fin du siècle dernier à se dépersonnaliser⁴¹⁸. L'artiste s'exprime d'une façon toujours plus objective⁴¹⁹. Pour cette raison encore le critère de l'empreinte personnelle appelle de sérieuses réserves⁴²⁰.

La distinction entre les créations et les prestations repose donc sur des bases très fragiles et de plus complique les problèmes au lieu de les simplifier. En admettant qu'il soit possible de déterminer qu'une réalisation intellectuelle ne porte pas la marque de la personnalité de son auteur et de l'exclure ainsi du domaine d'application de la loi sur le droit d'auteur, il faudra encore établir si ladite réalisation est susceptible de bénéficier de la protection assurée par le régime juridique dont relèvent les prestations industrielles. Et c'est là que la question devient insoluble car la plupart des auteurs qui se déclarent partisans d'une « Leistungsschutz » ne se contentent pas de la simple nouveauté du résultat mais exigent une diversité qualifiée. Ainsi pour M. Schramm une prestation n'est digne de protection — *Schutzwürdig* — que si elle est originale au sens objectif du terme — *eigenartig* — que si elle manifeste un progrès — *fortschrittlich* — bref lorsqu'elle se distingue

⁴¹⁶ Voir *supra* n° 52 ; voir aussi M. Kummer : *Das urheberrechtlich Schutzbare Werk*, p. 32 ; un tel critère, estime M. Kummer, limiterait l'application de la loi sur le droit d'auteur aux seules « Wahre Werke ».

⁴¹⁷ Are, *op. cit.*, p. 63. Même dans les cas exceptionnels, l'identité de l'auteur n'est jamais révélée par une œuvre unique. L'auteur sera reconnaissable au travers de son style, de sa manière qui se dégagent de la comparaison de plusieurs œuvres. Le style, la manière représentent en effet les caractères communs d'une pluralité d'œuvres émanant d'un même auteur. Ce sont donc des abstractions qui identifient l'auteur et non une œuvre unique concrètement achevée. Voir sur ce point Schramm : *Grundlagenforschung*, p. 204. Troller : *Immaterialgüterrecht*, vol. I, p. 505. Are, *op. cit.*, p. 68.

⁴¹⁸ Voir Barthélémy, *op. cit.*, p. 338 et suiv.

⁴¹⁹ A propos de la conception de « Madame Bovary », Flaubert écrivait : « C'est une histoire totalement inventée. Je n'y ai mis ni de mes sentiments ni de mon existence... C'est un de mes principes qu'il ne faut pas s'écrire. L'art doit se situer au-dessus des affectations personnelles et des susceptibilités nerveuses. Il est temps de lui donner une méthode impitoyable, la première des sciences physiques... » cité par Barthélémy, *op. cit.*, p. 340.

⁴²⁰ Avec son critère de l'individualité de l'œuvre, M. Ulmer exige que cette dernière soit bien le résultat de l'activité personnelle de l'auteur. Toutefois l'œuvre n'a pas à porter la marque de la personnalité de l'auteur. Voir Ulmer, *op. cit.* ad § 20, p. 110.

par certaines qualités des expressions banales, des formes appartenant au domaine commun ⁴²¹. Selon M. Hubmann la prestation industrielle devient protégeable quand elle s'élève au-dessus du niveau du travail habituel, c'est-à-dire lorsqu'elle n'est pas le résultat d'une activité de routine ⁴²². On établit de la sorte entre l'originalité de la création et celle de la prestation industrielle une différence de degré, ce qui revient en fait à opposer la « grande œuvre » à la « petite œuvre ». Or cette graduation est impossible à réaliser sur le plan juridique. S'il est vrai que les facultés créatrices d'un individu peuvent être plus ou moins mises à contribution, il paraît exclu de vouloir traduire juridiquement les variations d'intensité d'une activité créatrice en construisant une espèce de pyramide des valeurs créatrices dont la base serait attribuée au domaine des prestations, le sommet au domaine des créations ⁴²³. En réalité la distinction entre les créations et les prestations va obliger le juriste à recourir à des critères touchant à la valeur artistique de l'œuvre, à son mérite ou à sa destination, critères qui sont tous formellement proscrits par le droit positif.

B) *Le critère de l'unicité statistique du professeur Kummer.*

66. Dans son ouvrage « Die urheberrechtliche schützbare Werk », le professeur Max Kummer s'attaque à la conception traditionnelle de l'originalité qui ne saurait, selon lui, déterminer les conditions de pro-

⁴²¹ Schramm : Grundlagenforschung, p. 226 et suiv.

⁴²² Hubmann : Urheber- und Verlagsrecht, p. 39 et suiv. En réalité, cette doctrine paraît confondre la condition d'originalité requise en matière de brevets d'invention, de dessins et modèles, ou de droit d'auteur avec l'originalité — wettbewerbsrechtliche Eigenart — du droit de la concurrence déloyale. Dans cette dernière acception, le concept de l'originalité signifie qu'une forme, c'est-à-dire l'aspect extérieur d'un produit, est susceptible d'indiquer sa provenance ou de désigner une ou plusieurs de ses qualités. Voir dans ce sens Troller : Immaterialgüterrecht, vol. I, p. 553 et suiv. Baumbach-Hefermehl, *op. cit.* ad § 1. Anm. 255, p. 404. Von Gamm : Wettbewerbsrecht. Cologne, Berlin, Munich 1964, p. 93. D. Reimer, *op. cit.*, p. 197. Voir aussi ATF 5 mai 1953 79 II 321, 3 février 1961 87 II 56, 9 juillet 1964 90 IV 172, 4 octobre 1966 92 II 202, 6 juin 1969 95 IV 99, 30 septembre 1969 95 II 470.

Voir enfin BGH 15 février 1955 BGHZ 16, p. 297 ; 14 janvier 1958. GRUR 1958, p. 351. 4 janvier 1963 NJW 1963, p. 855. 17 mai 1964. GRUR 1965, p. 196. Oberlandesgericht. Cologne 22 juin 1955. GRUR 1956, p. 91. Oberlandesgericht. Francfort 24 mars 1960. GRUR 1961, p. 548.

⁴²³ Voir dans ce sens Are, *op. cit.*, p. 175. M. Schramm considère que l'établissement d'une échelle des valeurs créatrices correspond à la réalité car une production intellectuelle sera d'autant plus originale que l'activité intellectuelle dont elle résulte relève du travail du subconscient ; voir Schramm : Die schöpferische Leistung, p. 23, 207. S'il est vrai que le subconscient joue un rôle important dans la création artistique ou même technique, il n'en reste pas moins que M. Schramm ne fournit aucun instrument permettant de mesurer sur le plan juridique cet éloignement progressif du domaine du conscient.

tection d'une œuvre esthétique ⁴²⁴. Pour M. Kummer il n'est pas nécessaire qu'une œuvre soit originale au sens subjectif du terme, qu'elle porte la marque, l'empreinte de la personnalité de son auteur. Il suffit qu'elle soit individuelle, c'est-à-dire statistiquement unique ⁴²⁵. L'œuvre sera réputée statistiquement unique s'il peut être démontré avec une certaine probabilité qu'aucun autre auteur n'aurait pu réaliser une œuvre identique. Avec ce critère, estime M. Kummer, on harmonise le droit d'auteur avec les tendances de dépersonnalisation de l'art ; au surplus le recours au concept de l'individualité supprimerait tout jugement de valeur, toute appréciation qualitative que comporte d'ordinaire la notion traditionnelle de l'originalité. La nouveauté des thèses de M. Kummer ne réside certes pas dans le fait d'avoir isolé la notion de l'unicité statistique — *Einmaligkeit* —. Avant le professeur Kummer, le concept avait déjà été formulé par de nombreux auteurs ⁴²⁶. Mais pour cette doctrine l'individualité de l'œuvre n'était qu'une conséquence nécessaire, obligatoire du phénomène de la création personnelle ⁴²⁷. Où M. Kummer innove c'est lorsqu'il s'efforce de rompre le lien existant entre le créateur et sa création. Il importe peu dit M. Kummer que l'œuvre soit due à l'activité créatrice d'un individu ou au contraire au hasard, à une fantaisie de la nature : celui qui trouve une racine de pin dont la forme évoque la silhouette d'une danseuse bénéficiera d'un droit d'auteur au même titre que celui qui aurait sculpté cette même silhouette dans la racine ⁴²⁸. M. Kummer s'attache donc uniquement au résultat extériorisé de l'acte intellectuel et non à l'acte lui-même ; les circonstances touchant à la personne de l'auteur ne jouent plus aucun rôle.

En faisant abstraction des rapports qui unissent l'œuvre à son créateur, M. Kummer libère la théorie générale du droit d'auteur de l'emprise de la conception psychologique ⁴²⁹. L'analogie avec le droit des brevets

⁴²⁴ Les thèses du professeur Kummer vont exercer une très grande influence sur le droit positif suisse puisqu'elles paraissent avoir été adoptées par les auteurs de l'avant-projet de la nouvelle loi fédérale sur le droit d'auteur. Aux termes de l'art. 1 al. 1 de cet avant-projet, l'œuvre présente un caractère original lorsqu'elle se distingue par des caractères propres. On a ainsi abandonné le critère de l'empreinte personnelle pour se rallier à celui de l'unicité statistique forgé par M. Kummer ; voir exposé explicatif de l'avant-projet de la loi sur le droit d'auteur, p. 30 et suiv.

⁴²⁵ L'individualité de l'œuvre au sens où l'entend M. Kummer ne doit pas être confondue avec la conception de M. Ulmer qui utilise le terme « individuel » dans un tout autre sens. Voir note 420 *supra*.

⁴²⁶ Notamment Riezler, *op. cit.*, p. 214. Dans le même sens Rintelen, *op. cit.*, p. 45. Hubmann : *Das Recht des schöpferischen Geistes*, p. 34. Trueb : *Der urheberrechtliche Schutz wissenschaftlicher Werke*. Mitt 1958, p. 58, 59.

⁴²⁷ Chacun de nous perçoit la réalité d'une manière personnelle et différente d'autrui ; dès lors l'expression de cette réalité si commune soit-elle sera nécessairement individuelle et partant unique.

⁴²⁸ Kummer, *op. cit.*, p. 104.

⁴²⁹ Voir *supra* n° 43.

d'invention devient alors évidente : M. Kummer définit en effet une sorte de fond commun de la culture qui comprendra la somme des expériences culturelles et historiques du passé et qui va jouer le rôle de l'état de la technique. Pour être protégeable une production intellectuelle devra se distinguer non seulement de cet acquis culturel mais encore de tout ce que l'humanité aurait pu développer à partir de cet ensemble de connaissances. M. Kummer trace ainsi une zone du potentiellement, du virtuellement connu ⁴³⁰, qui dans le droit des brevets d'invention se traduit par le concept de l'état potentiel de la technique ou encore par celui de la technique industrielle courante. L'œuvre est ainsi individuelle lorsqu'elle dépasse cette zone du virtuellement connu. La démarche revient en fait à établir un degré supérieur de nouveauté qui, contrairement à ce qu'affirme l'éminent juriste bernois ⁴³¹, implique toujours une qualification par un jugement de valeur qui ne diffère en rien de celui qui détermine la présence du niveau inventif. Certes le jugement de valeur ne portera pas sur le mérite, la qualité artistique que dénote l'œuvre mais le juge n'en devra pas moins apprécier l'importance de la différence que marque l'œuvre par rapport aux entités préexistantes pour décider si celle-ci était susceptible ou non d'avoir pu être réalisée par d'autres personnes que l'auteur.

Le grand mérite de M. Kummer est d'avoir considéré l'œuvre en faisant abstraction de son origine, de sa source c'est-à-dire de son auteur : peu importe que l'œuvre soit le fruit du hasard ⁴³², d'une bizarrerie de la nature ou encore qu'elle résulte d'un travail de la machine — ordinateur par exemple — ; dès lors qu'elle possède ce caractère individuel elle est protégeable. On ne peut que souscrire à cette théorie qui va de pair avec les développements de l'art moderne ⁴³³. Faut-il également suivre M. Kummer dans ses autres conclusions et notamment adopter tel quel le critère de l'unicité statistique ? On peut ici exprimer certaines réserves. Certes il faut approuver M. Kummer lorsqu'il se refuse à tenir compte de la genèse de l'œuvre. Mais pour le surplus le critère de l'unicité statistique se heurte à deux objections : d'une part il paraît difficile de décider par avance qu'une production intellectuelle n'aurait jamais pu faire l'objet d'une réalisation identique par une autre personne que l'auteur. Si le critère est appliqué d'une manière rigide on risque de bannir de la protection légale bon nombre de petites mon-

⁴³⁰ M. Kummer désigne cette zone par les termes « im Bereich des Erwartbaren » ou encore par l'expression « virtuell möglich ». Kummer, *op. cit.*, p. 36, 51.

⁴³¹ *Id.*, p. 30.

⁴³² Ici encore le parallélisme avec le régime des brevets d'invention est évident. Une invention technique due au pur hasard est protégeable si la nouveauté, le progrès technique et le niveau inventif sont établis. Voir Blum et Pedrazzini, *op. cit.*, vol. I ad Art. 1. Anm. 20, p. 121.

⁴³³ Permettant ainsi de protéger les œuvres de musique aléatoires, les peintures tachistes, etc.

naies du droit d'auteur car dans ce domaine la création parallèle est loin d'être exclue⁴³⁴. L'application du critère conduit alors à ne protéger que les prétendues « grandes œuvres », conséquence que M. Kummer avait justement critiquée à propos du concept de l'empreinte personnelle⁴³⁵. D'autre part, un critère dans lequel serait absent toute référence à la notion de créativité n'est pas en accord avec les fondements du droit de la propriété intellectuelle : on en arrive ainsi en théorie à protéger des nouveautés qui sont dénuées de tout intérêt⁴³⁶. S'il est vrai que le droit de la propriété intellectuelle est fondé sur l'idée de stimuler le développement des connaissances sur le plan technique et culturel, on doit admettre par conséquent que seules les prestations qui doivent leur existence à une activité créatrice méritent la protection légale. Cela ne veut pas dire que l'œuvre doit résulter in concreto d'un acte créateur de son auteur. Une œuvre née du hasard ou d'une collaboration avec la machine est digne d'être protégée si elle manifeste objectivement cette qualité créatrice. Il convient de le relever et c'est là le grand apport des thèses de M. Kummer : les circonstances concrètes dans lesquelles est née l'œuvre ne doivent jamais constituer un obstacle à la protection légale.

C) *Pluralité des critères établissant l'originalité des créations esthétiques.*

67. Si l'on écarte l'option prise par le professeur Kummer, quelle formule devra-t-on retenir pour traduire juridiquement ce degré supérieur de nouveauté, cette originalité que l'œuvre doit manifester ? Le problème est très délicat à résoudre. Il paraît toutefois difficile de n'appliquer au vaste domaine intellectuel que couvre le droit d'auteur qu'une seule et même formule. Dans certaines hypothèses, notamment dans la littérature romancée où le sujet traité permet à l'auteur de donner libre cours à sa fantaisie, il suffira de constater que l'œuvre est le fruit de l'activité personnelle de son auteur, qu'elle n'a pas été copiée, pour

⁴³⁴ Sur la création parallèle en matière de petites monnaies du droit d'auteur, voir la doctrine citée sous note 255 *supra*.

⁴³⁵ Voir *supra* n° 52.

⁴³⁶ M. Kummer accepte de telles conséquences qui, d'après lui, ne devraient entraîner aucune incidence sur le plan pratique. Du reste, constate M. Kummer, le droit de la propriété corporelle est logé à la même enseigne. Théoriquement, le propriétaire d'un bien-fonds pourrait tenter une action en revendication contre le tiers qui se serait approprié d'un caillou de son jardin. Mais alors se pose la question de la rentabilité du procès. Il en résulte que si avec le critère de l'unicité statistique, des bagatelles vont pouvoir être protégées par le droit d'auteur, cela n'implique nullement la multiplication des procès. Kummer, *op. cit.*, p. 78 et suiv. L'argument est certes valable sur le plan pratique. Mais sur le plan théorique, il n'empêche que le critère de M. Kummer se heurte à la philosophie même du droit de la propriété intellectuelle, à sa raison d'être.

conclure à sa protection. Dans les œuvres des beaux-arts, le fait même de l'exécution personnelle ou matérielle devrait déjà établir la condition d'originalité⁴³⁷. Celle-ci est en quelque sorte présumée. La question devient cruciale lorsqu'il s'agira de déterminer l'originalité de productions intellectuelles telles que brochures, catalogues publicitaires, modes d'emploi, livres de cuisine et d'adresses, cartes géographiques, etc... Nous avons déjà rejeté l'idée d'une protection spéciale des « Leistungen » en raison notamment de l'impossibilité de graduer l'originalité d'une production, c'est-à-dire d'établir une échelle des valeurs créatrices. L'œuvre est avant tout une expression, une représentation d'un certain contenu, d'une certaine connaissance⁴³⁸. Il est dès lors sans importance que l'activité créatrice d'un individu s'exerce sur un roman ou sur une carte géographique du moment que cette activité va se refléter dans l'expression objectivée. Créer une catégorie juridique spéciale englobant certaines réalisations intellectuelles, c'est en réalité opérer une discrimination entre plusieurs types d'expressions qui, si elles sont originales, méritent toutes d'être protégées de la même manière⁴³⁹. Pour le droit, la « grande œuvre » ne devrait pas s'opposer à la « petite œuvre » mais l'expression originale à l'expression banale⁴⁴⁰. Ce qui différencie en réalité les prétendues « kleine Münze » du droit d'auteur des autres œuvres esthétiques c'est, chez celles-là, la plus grande dépendance de l'expression par rapport au sujet traité⁴⁴¹. Cette contingence imposée par le sujet, par l'objet représenté, laisse moins de place à la liberté d'expression que dans les œuvres à caractère romanesque par exemple. Mais ce n'est pas parce que l'imagination est soumise à des conditions parfois rigoureuses que l'on doit la juger moins intense ou de qualité inférieure⁴⁴².

⁴³⁷ Voir notamment Desbois, *op. cit.*, p. 13. Voir aussi n° 52 *supra*.

⁴³⁸ Sur le caractère commun de toutes les œuvres protégées par le droit d'auteur voir *supra* n° 24 et suiv.

⁴³⁹ Nous ne disconvenons pas, avec de Boor, que G. Hauptmann a des intérêts différents de ceux de l'auteur d'une brochure : cette diversité d'intérêts se manifeste toutefois presque exclusivement dans l'aspect personnel du droit d'auteur — droit moral de l'auteur : droit d'être cité, droit d'interdire la publication, droit de repentir, etc., — Voir de Boor cité par E. Gerstenberger : *Die Urheberrechte am Werke der Kunst, der Architektur und der Photographie*. Munich 1968, p. 55. Toutefois le droit moral de l'auteur a son siège naturel dans les dispositions de droit commun relatives à la protection de la personnalité — pour la Suisse art. 27 et suiv. CCS —. Si on limite la portée du droit d'auteur au seul aspect patrimonial, la divergence d'intérêts n'est pas tellement évidente. Dans le sens d'une limitation des droits de propriété intellectuelle à leur aspect patrimonial, voir notamment Roubier, *op. cit.*, vol. I, p. 86 et suiv.

⁴⁴⁰ B. Croce enseigne que dans l'esthétique, il n'y a pas de petites intuitions : il n'y a que des expressions ratées ou réussies. Voir B. Croce : *Esthétique*, p. 18 et suiv.

⁴⁴¹ Voir Ulmer, *op. cit.*, p. 14 et suiv.

⁴⁴² Voir dans ce sens Ribot, *op. cit.*, p. 220.

Le fait que dans certaines expressions l'imagination se voit assignée certaines limites doit cependant inciter le juriste à rechercher un critère d'originalité qui soit plus sévère que là où l'activité créatrice peut se développer pratiquement sans aucun obstacle⁴⁴³. Les enseignements du droit des brevets d'invention peuvent à cet égard se révéler fort utiles car les impératifs auxquels doit faire face le cartographe, le dessinateur technique, se retrouvent, certes sous une forme différente, dans les inventions techniques. L'imagination de l'inventeur est en effet soumise aux lois de la causalité, à un déterminisme qui implique certaines contraintes. Il paraît donc, en raison de cette analogie avec le droit des brevets d'invention, que l'originalité d'une production qui marque une certaine dépendance de l'expression par rapport à l'objet représenté doit être établie à l'aide d'un critère qui se rapprochera de celui du niveau inventif. Il faut ajouter que cette démarche vers un traitement identique de certaines œuvres esthétiques et des inventions techniques a déjà été accomplie par une partie de la doctrine : s'agissant d'apprécier la qualité d'une expression, on a ainsi pu dire que l'œuvre devait procéder d'un acte « supérieur au cheminement de la vie de tous les jours »⁴⁴⁴, qu'elle devait posséder un certain niveau de créativité « Schaffenshöhe, Gestaltungshöhe »⁴⁴⁵.

Lorsque dans une œuvre, et c'est le cas de presque toutes les petites monnaies du droit d'auteur, le nombre des expressions à disposition est limité par la nature du sujet traité, l'originalité va se manifester dans les possibilités de choix desdites expressions. Le choix est libre s'il n'est pas imposé d'une façon absolue par le contenu exprimé, par l'objet représenté⁴⁴⁶. Par exemple l'originalité d'une carte géographique peut se traduire sur plusieurs plans : par le tracé qui divergera d'autant plus de la donnée topographique que l'échelle est plus réduite, par l'indication de certains lieux en caractères gras, d'autres en caractères fins, par le fait de reproduire certaines routes et d'en omettre d'autres, enfin par les couleurs dans la mesure où celles-ci ont été choisies librement : ainsi le choix de la couleur bleue pour représenter un lac n'est pas original car, cette teinte étant la couleur naturelle de l'eau elle s'imposait d'elle-même, elle résultait de toute évidence de la nature de la

⁴⁴³ Il serait toutefois faux de croire que la création dans l'art dit pur est absolument libre de toute contingence : ne serait-ce déjà par le fait que l'artiste est lié par ses moyens d'expression. Au surplus certaines lois interviennent dans la création artistique : lois de l'harmonie, de la perspective, etc.

⁴⁴⁴ Are, *op. cit.*, p. 191 et suiv.

⁴⁴⁵ Ulmer, *op. cit.*, p. 77, 131 ; Gerstenberger, *op. cit.*, p. 54. Schramm : Die schöpferische Leistung, p. 161. Rintelen, *op. cit.*, p. 49. Hubmann : Urheber- und Verlagsrecht, p. 39 et suiv.

⁴⁴⁶ Troller : Immaterialgüterrecht, vol. I, p. 457. Kummer, *op. cit.*, p. 43. Ulmer, *op. cit.*, p. 122. Voir aussi ATF 26 octobre 1962 88 IV 123, JdT 1963 IV, p. 25, 29.

donnée topographique⁴⁴⁷. Les exemples pourraient être multipliés mais tel n'est pas notre propos. Il suffira ici de constater que s'il est difficile d'enserrer le concept de l'originalité dans une formule stricte, applicable à n'importe quelle situation, on peut néanmoins en définir les contours d'une manière générale : une œuvre sera originale dès lors que l'expression qui la caractérise n'est pas évidente, c'est-à-dire lorsqu'elle ne résulte pas directement du sujet traité ou de l'objet représenté et qu'elle ne constitue pas une modification triviale, banale d'expressions appartenant au domaine commun⁴⁴⁸.

CONCLUSION.

68. Dans ce chapitre, nous avons étudié le bien immatériel non plus d'après son genre, c'est-à-dire en opposant les productions relevant du régime du droit d'auteur à celles régies par le droit des brevets d'invention, mais d'après sa qualité c'est-à-dire d'après l'élément qui le distingue des autres manifestations de l'activité intellectuelle appartenant au même genre. Nous avons été ainsi conduit à dégager un concept de la création qui soit valable pour chacun des régimes. Nous avons tout d'abord attribué le pouvoir de créer à cette forme de l'esprit qui produit et combine des images — imagination, intuition — à l'exclusion de toute intervention de la pensée conceptuelle ou logique. Nous avons ensuite cherché à savoir comment le droit allait tenir compte de ce travail de l'imagination dans le phénomène de la création. En écartant la théorie psychologique, nous avons insisté sur le caractère objectif du droit de la propriété intellectuelle qui s'attache aux résultats d'une

⁴⁴⁷ Kummer, *op. cit.*, p. 118. Ulmer, *op. cit.*, p. 123. Nimmer, *op. cit.* § 18.3, p. 79. Voir aussi ATF 17 octobre 1933 59 II 401, JdT 1934 p. 78, 81 où le Tribunal fédéral considère que la carte géographique est une œuvre originale déjà par le fait que le cartographe a établi son plan sur la base de ses propres mesures. Voir cependant les critiques formulées par M. Troller contre cette décision. Considérant que la personne qui procède aux relevés topographiques n'est pas celle qui dessine la carte, M. Troller se demande qui va être investi d'un droit d'auteur. Voir Troller : Technische Zeichnungen im Urheberrecht 60 SJZ (964), p. 369, 372.

⁴⁴⁸ Dans son application le critère est très proche de celui de l'unicité statistique puisqu'il s'agit dans les deux cas d'établir si l'expression va au-delà de ce que l'on peut considérer comme potentiellement connu : toutefois et à la différence du critère de l'unicité statistique, il n'exclut pas l'hypothèse de créations parallèles. Certaines jurisprudences se sont attachées au caractère non évident de l'expression pour la déclarer protégeable : voir notamment ATF 11 nov. 1930 RO 56 II 413, JdT 1931 p. 201 et BGH 17 oct. 1961. GRUR 1962, p. 51 : « Es ist vielmehr beizupflichten, dass es sich um *naheliegende Varianten* des althergebrachten Zahlenlottos handelt. » Voir enfin la jurisprudence américaine en matière de cartes géographiques, citée par Nimmer, *op. cit.* § 18.3, p. 79 et suiv. où le caractère non évident de l'expression — « non obvious » — a été retenu comme critère marquant l'originalité de la production.

activité spirituelle et non à la manière dont ceux-ci ont été obtenus. En considérant que l'hypothèse d'une création n'était concevable que si la chose créée se différenciait par certains caractères des réalisations préexistantes, nous avons défini une notion de la nouveauté commune au droit d'auteur et au droit des brevets d'invention. Sur cette base, nous avons construit la condition de l'originalité qui représente en réalité un degré supérieur de nouveauté à partir duquel une production est jugée digne de bénéficier de la protection légale. Nous nous sommes alors efforcés d'établir les critères qui, dans chacun des régimes, étaient les plus aptes à traduire cette notion de l'originalité. Nous avons éliminé les critères objectifs ou réels pour ne retenir que les seuls critères subjectifs ou personnels. Ici encore, nous avons voulu rechercher une certaine homogénéité dans le choix d'une formule qui puisse s'appliquer à nos deux domaines. Nous avons pu constater que là où l'originalité ne pouvait être présumée, c'est-à-dire dans tous les cas où la création devait se soumettre à des contingences imposées par la réalité extérieure — inventions techniques, petites monnaies du droit d'auteur — les formules qui mettaient l'accent sur l'absence de tout rapport logique entre l'élément nouveau et les antériorités paraissaient être les plus adéquates. Enfin nous avons conclu qu'une fois franchi ce degré supérieur de nouveauté, il n'était plus possible, pour chacun des domaines, de qualifier à nouveau la prestation dont l'originalité avait été ainsi établie. Nous avons donc rejeté in limine litis et d'une manière générale le concept de la petite invention et celui de la petite œuvre — *Leistung* —.

Les principes qui viennent d'être dégagés vont trouver une application immédiate lorsque nous tenterons de caractériser le régime juridique applicable aux créations de formes d'objets industriels. Mais avant d'aborder cette étude, cette fois-ci directement, il nous faut encore résoudre sous l'angle de la théorie générale les problèmes qui touchent au rôle de la forme et de l'idée dans le droit de la propriété intellectuelle. Leur importance se révélera capitale comme nous le démontrons par la suite.

CHAPITRE III

LE RÔLE DE LA FORME ET DE L'IDÉE DANS LE DROIT D'AUTEUR ET DANS LE DROIT DES BREVETS D'INVENTION

Section I :

NOTIONS GÉNÉRALES

§ 1. IMPORTANCE DU PROBLÈME.

69. On ne saurait définir un régime juridique applicable aux créations de forme d'objets industriels et notamment tracer les contours du bien protégé sans avoir préalablement consacré un chapitre au rôle joué par la forme et par l'idée dans le droit de la propriété intellectuelle. Cette étude va également nous fournir les bases nécessaires pour trancher l'équivoque qui s'attache à la nature juridique du modèle d'utilité.

La question est d'importance car elle détermine l'issue des litiges relatifs aux violations des droits sur les choses immatérielles. Elle se révèle par ailleurs fort complexe : à la différence de la propriété corporelle qui suppose l'existence d'une certaine relation entre un individu et une chose matérielle⁴⁴⁹, la maîtrise exercée par l'auteur d'une œuvre ou par le titulaire d'un brevet porte sur une entité intellectuelle. Or celle-ci ne se confond pas avec le support matériel qui l'extériorise dans la réalité. Le caractère immatériel du bien rend difficile la constatation d'une atteinte au droit du titulaire. En matière de droits réels il suffira en effet de prouver qu'un tiers a exercé sur une chose corporelle localisable dans l'espace une prérogative réservée au propriétaire pour établir la violation. Mais dans le domaine de la propriété intellectuelle, l'interférence avec les droits du titulaire ne peut être constatée qu'indi-

⁴⁴⁹ Voir notamment l'étude récente du professeur Meyer-Hayoz sur la structure du droit de propriété corporelle. A. Meyer-Hayoz : Vom Wesen des Eigentums, dans Festgabe für Karl Oftinger : Revolutionen der Technik, Evolutionen des Rechts. Zürich 1969, p. 171, 172.

rectement, c'est-à-dire au travers du support matériel ⁴⁵⁰. L'utilisation ou la reproduction illicite du bien protégé par un droit privatif n'est pas immédiatement perceptible. Il faudra donc que l'atteinte se manifeste dans une entité matérielle qui témoignera de ce que les prérogatives réservées à l'ayant droit ont été exercées par un tiers non autorisé ⁴⁵¹. En d'autres termes, le juge devra comparer deux entités réelles : l'objectivation matérielle de l'œuvre ou de l'invention — *corpus mechanicum* — et la réalisation arguée de contrefaçon ou d'imitation. Si ces deux entités présentent des ressemblances telles qu'elles permettent de conclure que le bien protégé a été utilisé ou reproduit sans droit, le juge pourra sanctionner la violation. Mais quels sont les éléments à partir desquels cette comparaison va pouvoir s'effectuer ? La ressemblance doit-elle résider dans la seule forme concrète du support ou peut-on étendre la notion de forme au-delà de ce qui est directement perceptible. Faut-il se détacher de ces structures visibles et considérer que la ressemblance est suffisante pour établir la violation dès lors que le modèle et sa prétendue copie procèdent tous deux d'une même idée abstraite, d'un principe général identique ? C'est à ces questions que notre étude sur la forme et sur l'idée va devoir répondre.

§ 2. POLYVALENCE DE LA NOTION DE L'IDÉE.

70. Selon un postulat devenu presque classique, doctrine et jurisprudence associent le droit d'auteur à une protection de la forme — *Formschutz* —, le droit des brevets d'invention à une protection de l'idée — *Ideeschutz* — ⁴⁵². Cependant dans la littérature récente, la légitimité d'un tel principe a été remise en question. Pour certains auteurs l'idée concrètement exprimée bénéficierait, si certaines conditions sont remplies, de la protection conférée par le droit d'auteur ⁴⁵³. Pour d'au-

⁴⁵⁰ Voir notamment Troller : *Immaterialgüterrecht*, vol. I, p. 55 et suiv. Hubmann : *Das Recht des schöpferischen Geistes*, p. 27. Schramm : *Die schöpferische Leistung*, p. 44, 183. Rintelen, *op. cit.*, p. 54. Greco, *op. cit.*, p. 7. Are, *op. cit.*, p. 217 et suiv. Sordelli *Idee, opere dell'ingegno...*, p. 71 et suiv.

⁴⁵¹ Voir Ulmer, *op. cit.*, p. 13.

⁴⁵² Voir notamment O. Gierke : *Deutsches Privatrecht*. Leipzig 1895, p. 854 et suiv. A. Elster : *Urheber- und Erfinder- Warenzeichen- und Wettbewerbsrecht* Berlin-Leipzig 1928, p. 77 et suiv. *Id.* : *Schöpferische technische Leistung und wissenschaftliches Eigentum*. GRUR 1929, p. 1139 et suiv. Schramm : *Die schöpferische Leistung*, p. 167 et suiv. Troller : *Immaterialgüterrecht*, vol. I, p. 412 et suiv. Ascarelli, *op. cit.*, p. 301 et suiv. Bonasi-Benucci, *op. cit.*, p. 185 et suiv. L. Sordelli : *Idee, opere dell'ingegno, ed invenzioni : come oggetto di rapporti giuridici*. Riv. dir. ind. 1952 I, p. 67 et suiv.

⁴⁵³ Dans ce sens, Hubmann : *Urheber- und Verlagsrecht*, p. 32 ; *id.* : *Das Recht des schöpferischen Geistes*, p. 30 ; *id.* : *Der Rechtsschutz der Idee*. Ufita 1957, vol. 24, p. 1. Ulmer : *Urheber- und Verlagsrecht*, p. 105 et suiv. ; *id.* : *Der Urheberschutz wissenschaftlicher Werke unter besonderer Berücksichtigung der Programme elektronischer Rechenanlagen*, p. 105 et suiv. Kummer, *op. cit.*, p. 8 et suiv.

tres auteurs, l'idée n'est pas un concept juridiquement relevant, de sorte que l'assise du droit de la propriété intellectuelle ne concernerait que la forme qui définit l'idée et la fixe dans la réalité phénoménologique ⁴⁵⁴.

En philosophie, la forme et surtout l'idée sont des notions qui peuvent avoir plusieurs sens ; aussi est-il naturel que le caractère polyvalent de ces concepts se manifeste également dans la science juridique. Par exemple, le terme « idée » a été utilisé par certains auteurs pour caractériser l'ensemble du régime de la propriété intellectuelle ⁴⁵⁵. L'idée, produit de toute activité intellectuelle, exprimerait l'essence spirituelle de l'entité qui relève de ce régime par opposition à la chose matérielle faisant l'objet du droit de propriété corporelle. L'idée devient alors un synonyme de la notion de bien immatériel. Le problème de la protection des idées s'inscrit ainsi dans le cadre plus vaste de la construction d'une théorie générale de la propriété intellectuelle. Les auteurs qui contestent le bien-fondé de la conception d'un droit sur une chose immatérielle, tel M. Franceschelli qui voit dans la matière qui nous occupe un ensemble de droits de monopole impliquant un devoir d'abstention de la part des tiers, nieront que l'idée puisse faire l'objet de rapports juridiques ⁴⁵⁶. Au contraire, les auteurs qui considèrent que les produits de l'activité intellectuelle représentent au même titre que les choses corporelles des biens juridiquement protégés vont faire de l'idée le pivot de tout le régime de la propriété intellectuelle ⁴⁵⁷. Mais ni l'une ni l'autre de ces options ne sauraient influencer l'issue du débat car elles procèdent toutes deux d'un apriorisme reposant entièrement sur la question de la légitimité du concept des biens immatériels. Cela est si vrai que M. Greco, partisan de la théorie des biens immatériels et partant de la protection des idées qualifie son opinion en précisant que dans le droit des brevets d'invention l'idée est assimilée au concept, alors que dans le droit d'auteur elle s'identifie à la forme ⁴⁵⁸. M. Franceschelli, qui a toujours lutté contre la reconnaissance de la catégorie juridique des biens immatériels et qui, par conséquent, considère que la seule forme peut constituer la véritable assise du droit, n'en ajoute pas moins que la protection légale n'est pas limitée à la forme telle qu'elle se manifeste concrètement : dans le droit des inventions techniques, l'étendue de la protection conférée par le brevet est définie par la revendication interprétée à l'aide de la description et des dessins et par l'application de la doctrine des équivalents ; quant au

⁴⁵⁴ R. Franceschelli : *Le idee come oggetto di rapporti giuridici*. Riv. dir. ind. 1961 I, p. 28 ; *id.* : *Trattato*, vol. II, p. 613 et suiv.

⁴⁵⁵ Notamment en Italie par F. Canelutti : *Usucapione della proprietà industriale*. Milano 1938, p. 28. Auletta, *op. cit.*, p. 14. Greco, *op. cit.*, p. 10 et suiv.

⁴⁵⁶ R. Franceschelli cité sous note 454.

⁴⁵⁷ Voir les auteurs cités sous note 453.

⁴⁵⁸ Greco, *op. cit.*, p. 11 et suiv.

droit d'auteur, M. Franceschelli fait appel aux notions de forme interne et de forme externe pour délimiter les contours de l'objet protégé ⁴⁵⁹.

Les problèmes relatifs à la protection des idées, envisagés dans le cadre d'une théorie générale de la propriété intellectuelle, sont donc complètement étrangers au thème que nous nous proposons d'analyser. Il en va de même si on restreint la signification du terme « idée » à la pensée non extériorisée ⁴⁶⁰. L'idée non exprimée échappe à toute emprise du monde extérieur et, de ce fait, doit être considérée comme juridiquement irrelevante ⁴⁶¹. L'idée n'est donc susceptible de protection que si elle est incorporée dans une forme qui la rend perceptible au monde extérieur ⁴⁶². L'idée devient ainsi un synonyme du contenu de l'expression ⁴⁶³, de l'objet de la représentation ⁴⁶⁴. Le problème qui nous intéresse au premier chef est alors celui des rapports existant entre l'idée exprimée et la forme qui l'exprime. Le droit peut en effet ne s'attacher qu'à l'activité intellectuelle telle qu'elle se manifeste dans la réalité. La protection se limiterait ainsi à l'élément de la création qui fait l'objet d'une connaissance immédiate. Mais tout en exigeant que cette activité s'extériorise dans un résultat perceptible par les sens, le droit peut aussi étendre la protection à d'autres résultats dont l'apparence extérieure serait différente mais qui procéderaient tous d'une donnée générale identique. L'antinomie entre l'idée et la forme doit donc être formulée dans les termes suivants : est-il possible d'établir la ressemblance déterminant l'atteinte aux droits du titulaire sur la base d'une notion générale que notre intelligence aurait abstraite de deux entités concrètes ? Dans l'affirmative, la forme deviendrait une simple condition de l'existence du bien immatériel ; elle n'en définirait plus les contours.

⁴⁵⁹ Franceschelli, *op. cit.*, sous note 454.

⁴⁶⁰ Dans ce sens voir A. Elster : *Delimitazione del concetto dell'opera tutelabile dal diritto d'autore*. Dir. aut. 1936, p. 307 et suiv. ; *id.* : *Idee und Formgebung*. Ufita, vol. 8 (1935), p. 1.

⁴⁶¹ Dans ce sens voir A. Elster cité sous note 460. Hubmann : *Rechtsschutz der Idee...*, cité sous note 453 ; *id.* : *Urheber- und Verlagsrecht*, p. 37. Riezler, *op. cit.*, p. 214. J. Kohler : *Kunstwerkrecht*, p. 74. Runge, *op. cit.*, p. 8. Rintelen, *op. cit.*, p. 50. Voigtländer-Elster-Kleine, *op. cit.*, p. 6. Möhring-Nicolini, *op. cit.* ad § 1. Anm. 2 a, p. 45 et suiv. Kummer, *op. cit.*, p. 8. Are, *op. cit.*, p. 81.

⁴⁶² Voir notamment les auteurs cités sous notes 450 et 461.

⁴⁶³ M. Hubmann distingue le contenu idéologique — *begrifflicher Inhalt* — des œuvres de la littérature du contenu esthétique — *aesthetischer Inhalt* — des œuvres des Beaux-Arts. Dans le premier cas contenu et forme peuvent être facilement dissociés alors que dans le second cas une telle opération est pratiquement impossible. Voir Hubmann : *Das Recht des schöpferischen Geistes*, p. 46 et suiv. ; *id.* : *Urheber- und Verlagsrecht*, p. 90, 94. Sur l'équivalence des termes « idée » et « contenu » voir Ulmer, *op. cit.*, p. 105. Runge, *op. cit.*, p. 18 et suiv. Rintelen, *op. cit.*, p. 50. Schramm : *Grundlagenforschung*, p. 159. Troller : *Immaterialgüterrecht*, vol. I, p. 507.

⁴⁶⁴ Sur l'équivalence des termes « idée » et « objet représenté », voir Piola-Caselli, *op. cit.*, p. 717 et suiv.

Les problèmes concernant la protection de la trame du roman, de l'argument d'une pièce de théâtre, enfin des théories développées dans un ouvrage scientifique, relèvent dans le domaine du droit d'auteur du rôle respectivement joué par la forme et par l'idée. En revanche dans le droit des brevets d'invention, l'idée paraît à elle seule constituer l'assise du droit puisqu'il n'est plus contesté aujourd'hui que la protection va au-delà de la forme qui objective l'invention. Toutefois, jusqu'où peut-on aller dans cette recherche de l'idée pose des problèmes très délicats. On constate donc toute l'importance des questions qui vont être débattues ci-après.

Section II :

L'IDÉE ET LA FORME DANS LE RÉGIME DU DROIT D'AUTEUR

71. Toute création se compose d'un complexe d'éléments dont certains seulement constituent des valeurs nouvelles. Ainsi qu'il l'a été exposé, la création a toujours un caractère relatif⁴⁶⁵. La condition d'originalité qui sanctionne, sur le plan juridique, cette création de valeurs nouvelles ne porte généralement pas sur toutes les parties composantes de l'œuvre : l'originalité peut se manifester aussi bien dans le contenu, l'idée exprimée, que dans la forme qui l'exprime. Dès lors se demander si les prérogatives conférées par le régime du droit d'auteur touchent à l'idée ou à la forme, c'est aussi résoudre la question de savoir sur quel élément de l'œuvre on doit asseoir la condition de l'originalité. Cette interdépendance des problèmes concernant l'assise de l'originalité et l'étendue de la protection a souvent été mal comprise par les tribunaux. Aussi conviendra-t-il d'en évoquer tous les aspects.

§ 1. LES ÉTAPES DE LA CRÉATION LITTÉRAIRE ET ARTISTIQUE.

A) *L'idée.*

72. Pour le professeur Desbois les étapes de la création esthétique seraient différentes selon que l'on a affaire à une œuvre littéraire ou à une production appartenant au domaine des Beaux-Arts. Dans l'œuvre littéraire, nous dit l'éminent juriste français, l'auteur conçoit une idée, un thème qu'il va aménager dans une composition, un plan, pour ensuite

⁴⁶⁵ Voir *supra* n° 42.

l'exprimer par des mots : idée, composition, expression telle serait la genèse de la création littéraire. Dans l'œuvre artistique, en revanche, « l'artiste va directement à la figuration ». L'image exclut ainsi l'idée ⁴⁶⁶. Toutefois si l'on pousse quelque peu l'analyse, on constate que la création artistique suit un même schéma que la création littéraire. S'il est vrai que l'écrivain, à la différence du peintre ou du sculpteur, se sert d'un moyen d'expression symbolique, le mot ⁴⁶⁷, qui s'adresse à l'intelligence il n'en demeure pas moins que l'art des uns et des autres consiste à créer à partir d'une donnée abstraite une image concrète. Dans l'œuvre littéraire, le langage devient image ⁴⁶⁸ comme n'importe quelle représentation du domaine des Beaux-Arts. Au lieu de peindre avec des couleurs, l'écrivain, le romancier peint avec des mots. Mais dans ces deux types d'expression, l'idée précède toujours la forme : elle constitue à la fois le germe et la matière brute de l'œuvre esthétique ⁴⁶⁹. Cela paraît évident dans la création littéraire. Le romancier choisit un thème, le savant détermine une vérité ou une hypothèse scientifique qui constituera le noyau autour duquel l'expression va être organisée ; cela l'est moins dans la création artistique : cependant l'image, la forme qui en représente l'aboutissement se construit toujours à partir d'une abstraction. Par exemple dans « Le déjeuner sur l'herbe », Manet a d'abord conçu l'idée d'une femme nue assise sur une nappe couverte de vic-tuailles et devisant avec des personnages habillés ⁴⁷⁰. L'idée de donner une forme humaine à des animaux a produit l'image du canard Donald ⁴⁷¹, de la souris Mickey ⁴⁷², du hérisson Mecki ⁴⁷³. Dans l'œuvre artistique, l'idée est ainsi assimilée au sujet, au motif de la représentation ⁴⁷⁴.

Les partisans de la protection des idées par le biais du droit d'auteur attachent une grande importance à leur provenance. Ainsi M. Hubmann distingue les idées universelles qui sont des réalités objectives, extérieures à l'homme tels les lois mathématiques, les schémas de la logique — Idee — de celles qui relèvent de son moi intérieur — Einfällen, Gedanken —. Les premières font partie d'un monde idéal qui représente pour l'homme un donné à l'égal du monde physique. Pour l'homme, ce monde idéal constitue toujours une entité préexistante quand bien même sa compréhension, la découverte des vérités qu'il

⁴⁶⁶ Desbois, *op. cit.*, p. 11.

⁴⁶⁷ Sur la fonction du mot dans l'expression littéraire voir Are, *op. cit.*, p. 158, 318.

⁴⁶⁸ Troller : Immaterialgüterrecht, vol. I, p. 454.

⁴⁶⁹ Del Bianco, *op. cit.*, p. 18.

⁴⁷⁰ Exemple emprunté à Troller : Immaterialgüterrecht, vol. I, p. 58 ; voir aussi la genèse de la sculpture « Laocoon et ses fils » dans Elster : Delimitazione del concetto dell'opera, cité sous note 460.

⁴⁷¹ Cour de Paris 15 octobre 1964. Ann. 1965, p. 213.

⁴⁷² ATF 4 décembre 1951 77 II 377 JdT.

⁴⁷³ BGH 24 avril 1958. GRUR 1958, p. 50.

⁴⁷⁴ Schramm : Grundlagenforschung, p. 162.

renferme ne seraient possibles qu'à la suite d'une activité intellectuelle particulière⁴⁷⁵. L'idée personnelle, en revanche, est quelque chose qui n'a pas de modèle dans la réalité extérieure et qui doit son existence à l'homme. Elle possède donc un caractère subjectif alors que les idées universelles sont objectives. Certaines de ces idées personnelles — idées de tous les jours — ne présentent aucune originalité et pourraient être le fait de n'importe qui ; à peine exprimées, elles s'incorporent au domaine commun. D'autres idées, telles la trame du romancier — Fabel — la mélodie du compositeur démontrent une individualité si intense que malgré leur objectivation dans la réalité, elles ne se fondent pas avec le patrimoine commun et conservent une existence autonome qui les rend dignes d'être protégées⁴⁷⁶. Selon ce courant doctrinal, c'est donc l'origine de l'idée qui doit décider de son assujettissement au régime du droit d'auteur.

B) *Le moyen d'expression.*

73. La concrétisation de l'œuvre dans un moyen d'expression constitue le stade ultime de la création esthétique. L'œuvre est un message spirituel qui pourtant ne peut être délivré que par le truchement de moyens physiques qui le rendent perceptible au monde extérieur⁴⁷⁷. L'intervention d'un support matériel est ainsi nécessaire et servira de véhicule à la pensée⁴⁷⁸. Le support matériel — corpus mechanicum — se définit donc par son appartenance au monde physique. Selon la nature corporelle ou incorporelle du support matériel, l'objectivation de l'œuvre aura un caractère durable — le moyen est un corps solide tel du marbre pour le sculpteur — ou instantané⁴⁷⁹. C'est le cas notamment des œuvres orales et des improvisations musicales qui viennent se fixer sur des manifestations énergétiques, les ondes sonores perceptibles par le sens de l'ouïe⁴⁸⁰.

⁴⁷⁵ Hubmann : Das Recht des schöpferischen Geistes, p. 19 et suiv. ; *id.* : Urheber- und Verlagsrecht, p. 29 et suiv. Voir aussi Schramm : Die schöpferische Leistung, p. 41 et suiv. Are, *op. cit.*, p. 105 et suiv.

⁴⁷⁶ Hubmann : Das Recht des schöpferischen Geistes, p. 30 et suiv. ; *id.* : Urheber- und Verlagsrecht, p. 29 et suiv. Voir aussi Ulmer, *op. cit.*, p. 105 et suiv.

⁴⁷⁷ Voir Hubmann : Urheber- und Verlagsrecht, p. 31 et suiv. Runge, *op. cit.*, p. 18. Schramm : Die schöpferische Leistung, p. 44. A. Elster : Formgebung und Ausdrucksmittel. Ufita, vol. 2 (1929), p. 295, et vol. 3 (1930), p. 371. Troller : Immaterialgüterrecht, vol. I, p. 434. Are, *op. cit.*, p. 31. Ascarelli, *op. cit.*, p. 495.

⁴⁷⁸ R. Franceschelli : Idee come oggetto di rapporti giuridici.

⁴⁷⁹ Hubmann : Urheber- und Verlagsrecht, p. 31. Are, *op. cit.*, p. 218.

⁴⁸⁰ M. Del Bianco relève qu'il n'est pas nécessaire que le moyen soit un corps matériel. Toutefois cet auteur paraît confondre les notions de « corporel » et « matériel ». Si les ondes sonores n'ont pas de structure tangible, elles appartiennent néanmoins au monde physique. L'intervention de la matière est par conséquent indispensable à la concrétisation de l'œuvre. Voir Del Bianco, *op. cit.*, p. 25 et suiv.

Les moyens d'expression ne sont pas le résultat d'une activité créatrice de l'auteur. Ils s'imposent généralement à l'artiste car du genre de l'œuvre va dépendre le choix des moyens. On ne saurait en effet peindre ou sculpter avec des sons⁴⁸¹. Les moyens d'expression ne sont pas créés par l'artiste, ils font partie de la réalité objective au même titre que les idées universelles. Les idées universelles et les moyens d'expression constituent ainsi le donné idéal et matériel⁴⁸² à partir duquel l'auteur va construire son expression. En d'autres termes, l'œuvre découle d'une mise en forme des idées qui, pour être rendue perceptible, doit être imprimée dans un corps matériel. La création esthétique suppose donc un double travail formateur : la première opération se situe sur un plan purement intellectuel — formation des idées —, la seconde sur un plan matériel — formation de la matière — encore qu'elle implique toujours l'intervention d'une activité intellectuelle⁴⁸³. A ces deux moments de la création paraissent correspondre les concepts de la forme interne et de la forme externe.

C) *La forme.*

74. La distinction opérée par la doctrine classique entre la forme interne et la forme externe a souvent été remise en question⁴⁸⁴. Elle semble toutefois légitime car elle traduit juridiquement certaines réalités de l'activité esthétique. On peut en effet identifier dans tout processus créateur deux moments de l'expression, même si ces deux phases s'accomplissent parfois simultanément. Dans le moment interne, l'auteur construit son œuvre d'après sa vision interne ; dans un roman ou dans une pièce de théâtre, il organise les péripéties de l'intrigue, il définit le caractère des personnages ; dans un ouvrage scientifique il établit le plan et l'enchaînement des idées ; dans un tableau il procède à la composition de l'œuvre en disposant les personnages sur la toile, en répartissant les zones d'ombres et de lumière⁴⁸⁵. Il fait du chaos d'impressions

⁴⁸¹ Troller : *Immaterialgüterrecht*, vol. I, p. 434.

⁴⁸² « Geistiger » et « körperlicher Rohstoff » dans la terminologie de Schramm : *Die schöpferische Leistung*, p. 41 et suiv.

⁴⁸³ Selon l'esthétique de Nicolas Hartmann ce premier moment correspondrait au « gestaltetem Stoff », le second moment à la « geformte Materie ». Sur l'esthétique de Nicolas Hartmann et notamment sur sa « Schichtenlehre », voir Troller : *Immaterialgüterrecht*, vol. I, p. 433 et suiv.

⁴⁸⁴ Piola Caselli estime qu'il est presque toujours impossible de dissocier la forme interne de la forme externe. L'œuvre se présente comme un tout. Ce que l'on peut en revanche distinguer, soutient cet auteur, c'est la représentation de l'objet représenté. Voir Piola Caselli, *op. cit.*, p. 73 et suiv.

⁴⁸⁵ Voir notamment Hubmann : *Urheber- und Verlagsrecht*, p. 31 et suiv. ; *id.* : *Das Recht des schöpferischen Geistes*, p. 26. De Boor : *Urheber- und Verlagsrecht*. Stuttgart 1917, p. 84 et suiv. Kohler : *Das literarische und artistische*

qui lui provient du monde extérieur une unité organique⁴⁸⁶. Cette construction interne, l'auteur va l'extérioriser en se servant des moyens d'expression à disposition. Il devra donc modeler la matière de telle sorte qu'elle puisse restituer au monde extérieur l'image interne façonnée lors de la phase précédente. C'est par le choix des mots et des expressions dans l'œuvre littéraire, par celui des couleurs, par le découpage des surfaces dans l'œuvre artistique que s'effectue ce passage du moment interne au moment externe de l'expression⁴⁸⁷. On a ainsi pu définir la forme interne comme celle qui organise d'après la vision interne de l'auteur les éléments résultant de sa perception en vue de leur communication au monde extérieur. La forme externe est alors celle qui s'imprime dans la matière rendant ainsi l'œuvre, la représentation, perceptible par les sens⁴⁸⁸.

Sur le plan du droit positif l'importance des notions de forme interne et externe est évidente. Ces concepts permettent en effet de fixer l'originalité et partant d'envisager la protection par le régime du droit d'auteur des œuvres de seconde main tels les traductions et les recueils d'anthologie. M. Desbois désigne les premières sous le terme d'œuvres « originales par l'expression », les secondes sous celui d'œuvres « originales par la composition »⁴⁸⁹. Dans la traduction, l'originalité ne peut résider que dans la seule forme externe, c'est-à-dire dans le choix des mots et des expressions puisque l'œuvre première n'est absolument pas altérée dans son organisation interne⁴⁹⁰. Dans les recueils, les anthologies, l'auteur choisit des textes émanant d'une seule ou de plusieurs sources et les rassemble dans une œuvre unique. La forme externe des morceaux choisis n'est certes pas modifiée mais l'impression que dégage cette réunion de texte est différente de celle que chacun d'eux produirait, pris isolément⁴⁹¹. Dans ce cas l'originalité, si elle est établie,

Kunstwerk, p. 46. Runge, *op. cit.*, p. 19. Are, *op. cit.*, p. 408. Desbois, *op. cit.*, p. 27. Dans son ouvrage « Du spirituel dans l'art et dans la peinture en particulier » Kandinsky distingue « la composition de l'ensemble du tableau de l'élaboration des diverses formes subordonnées à l'ensemble qui se combinent entre elles ; la forme subordonnée n'est qu'un élément constitutif de la grande composition formelle. Elle ne peut se concevoir en dehors de la grande composition et elle n'existe que parce qu'elle doit s'intégrer à celle-ci ». Kandinsky, *op. cit.*, p. 100 et suiv.

⁴⁸⁶ Hubmann : Das Recht des schöpferischen Geistes, p. 27 ; voir aussi Philippot, *op. cit.*, p. 273 et suiv.

⁴⁸⁷ Voir les auteurs cités sous note 485.

⁴⁸⁸ Are, *op. cit.*, p. 146, 152. Certains auteurs désignent les moments internes et externes de l'expression sous des termes différents : ainsi Greco, *op. cit.*, p. 154, parle de « contenuto psicologico » ou « ideologico » — forme interne — et de « forma di espressione » — forme externe — ; Desbois, *op. cit.*, p. 127, ramène la forme interne à la composition, la forme externe à l'expression. Cette analyse ne vaut, pour cet auteur, que pour les œuvres littéraires.

⁴⁸⁹ Desbois, *op. cit.*, p. 35.

⁴⁹⁰ Voir notamment Troller : Immaterialgüterrecht, vol. I, p. 512.

⁴⁹¹ Troller : Immaterialgüterrecht, vol. I, p. 476.

ne peut trouver son assise que dans la forme interne⁴⁹². Ces exemples démontrent qu'une dissociation de la forme interne d'avec la forme externe est parfaitement possible. Il est certes plus difficile de concevoir cette même dissociation dans les œuvres artistiques ; toutefois la reproduction d'une œuvre à deux dimensions — peinture — en une œuvre à trois dimensions — sculpture — constitue le cas typique d'une modification de la forme externe sans altération de la forme interne⁴⁹³.

§ 2. LE PROBLÈME DE LA PROTECTION DES IDÉES DANS LE RÉGIME DU DROIT D'AUTEUR.

75. « Les idées sont par essence et par destination de libre parcours »⁴⁹⁴. Ce principe que Fichte défendait déjà à la fin du XVIII^e siècle, paraît aujourd'hui contesté par une partie de la doctrine et par un courant jurisprudentiel dont l'importance s'accroît de jour en jour. Le principe de la liberté des idées repose sur des considérations d'ordre politique et social : le progrès scientifique et culturel exige en effet que chacun puisse se servir des idées exprimées par autrui, qu'il puisse les développer de façon à faire bénéficier la collectivité des nouvelles connaissances ainsi acquises⁴⁹⁵. Dans cette optique politico-sociale, l'exclusion des idées du régime du droit d'auteur paraît légitime pour ce qui relève du domaine scientifique ; l'argument politique devient plus discutable si l'on songe aux idées commerciales. Dans le domaine de l'art il tombe complètement à faux. Les considérations de politique juridique sont donc insuffisantes à elles seules pour justifier ce refus de sanctionner par un monopole toute idée nouvelle et originale. C'est pourquoi certains auteurs ont voulu remettre en question le système traditionnel du droit d'auteur. Nous allons exposer ci-après l'essentiel des thèses de cette doctrine et chercher ensuite quelle est la raison qui s'oppose à ce que l'idée puisse donner prise à un droit d'auteur.

⁴⁹² L'originalité des anthologies et autres recueils pose des questions délicates : M. Ulmer soutient que celle-ci doit être recherchée dans la somme de travail qu'a nécessité le choix des différents morceaux. Ulmer, *op. cit.*, p. 108. M. Troller, au contraire, considère que l'anthologie n'est originale que si elle constitue une entité esthétique différente de la somme de ses parties composantes. Troller : *Immaterialgüterrecht*, vol. I, p. 477. Pour M. Are c'est la liberté de choix qui reste déterminante. Are, *op. cit.*, p. 463. Dans le même sens, Kummer, *op. cit.*, p. 46.

⁴⁹³ Are, *op. cit.*, p. 162. Rintelen, *op. cit.*, p. 53.

⁴⁹⁴ Desbois, *op. cit.*, p. 20.

⁴⁹⁵ Voir notamment Nimmer, *op. cit.* ad § 143 11, p. 621. Are, *op. cit.*, p. 106. Hubmann : *Urheber- und Verlagsrecht*, p. 33. Voir aussi les considérations développées par de Boor en faveur du principe de l'exclusion des idées du domaine du droit d'auteur. De Boor, *op. cit.*, p. 75 et suiv.

A) *Les thèmes de MM. Hubmann et Ulmer en faveur de la protection des idées par le régime du droit d'auteur.*

76. Pour MM. Hubmann et Ulmer, l'idée ne doit pas être exclue a priori du champ d'application du droit d'auteur. L'idée exprimée s'incorpore en effet à l'œuvre et en constitue le contenu. Or si dans certaines œuvres, contenu et forme peuvent être facilement dissociés, il en est d'autres tels l'art abstrait et la musique où ces mêmes éléments se fondent dans un tout indivisible⁴⁹⁶. Si donc, estiment ces mêmes auteurs, on exclut a priori l'idée du domaine du droit d'auteur, on en arrive à établir une discrimination entre les œuvres dont le contenu est séparable de la forme et celles où ces mêmes éléments demeurent indissociables. De tels résultats ne sont satisfaisants ni au point de vue systématique, ni au point de vue de l'équité. Selon cette même doctrine, le problème doit être résolu non pas en faisant la part de ce qui relève de la forme et de ce qui touche au contenu mais en s'attachant à l'originalité démontrée par l'une ou l'autre de ces parties composantes de l'œuvre. Les éléments individuels de l'œuvre doivent donc être distingués de ceux qui appartiennent au domaine commun⁴⁹⁷. Il s'ensuit, pour MM. Hubmann et Ulmer, que le contenu individuel, l'idée originale exprimée dans l'œuvre doivent être protégés à l'égal de sa forme d'expression. En revanche l'idée qui n'a pas été créée, c'est-à-dire celle qui constitue une réalité objective, extérieure à l'homme — idées universelles — ne bénéficiera d'aucune protection même si sa révélation serait due à l'activité intellectuelle d'un individu déterminé⁴⁹⁸.

Ainsi la découverte scientifique est liée aux phénomènes naturels, aux lois chimiques et physiques qui, de tout temps, ont régi l'univers. Le savant qui fait une découverte ne crée rien, de sorte que celle-ci doit échapper à l'emprise du droit d'auteur. Il en va de même des hypothèses quel que soit le domaine — scientifique, philosophique, juridique — où elles sont formulées. L'hypothèse représente le résultat de démonstrations purement logiques et repose par conséquent entièrement sur des schémas idéaux préexistants⁴⁹⁹. En revanche, et toujours selon MM. Ulmer et Hubmann, dans le domaine du beau et de l'utile l'idée est le plus souvent originale. Ainsi en sera-t-il d'une idée publicitaire⁵⁰⁰,

⁴⁹⁶ Ulmer : *Urheber- und Verlagsrecht*, p. 107.

⁴⁹⁷ Ulmer : *Urheber- und Verlagsrecht*, p. 108 et suiv. Hubmann : *Urheber- und Verlagsrecht*, p. 32.

⁴⁹⁸ Hubmann : *Das Recht des schöpferischen Geistes*, p. 22.

⁴⁹⁹ Hubmann : *Das Recht des schöpferischen Geistes*, p. 20 et suiv. Dans le même sens Are, *op. cit.*, p. 105. Dans cette même perspective, la Cour d'Aix-en-Provence, dans un arrêt du 13 janvier 1958, Ann. 1959, p. 55, avait déclaré protégeables les hypothèses formulées par un archéologue à propos de l'itinéraire d'un navire qui avait fait naufrage avant l'ère chrétienne. Voir également les critiques de M. Desbois, *op. cit.*, p. 20 et suiv. à l'égard de cette décision.

⁵⁰⁰ H. Hubmann : *Der Rechtsschutz der Idee*. GRUR 1957, p. 1, 3.

d'un programme d'ordinateur⁵⁰¹, enfin de la trame d'un roman⁵⁰². Ceux-ci méritent donc d'être protégés au même titre que l'expression qui les extériorise.

B) *Examen critique de ces théories.*

77. On peut adresser à l'encontre des théories qui militent en faveur de la protection des idées par le régime du droit d'auteur trois sortes de critiques :

a) *quant à l'originalité de l'idée.*

78. En premier lieu il paraît discutable de conclure à la liberté des idées scientifiques pour le seul motif que celles-ci seraient dépourvues d'originalité. Une idée peut être originale quand bien même elle serait susceptible de faire l'objet d'une démonstration logique a posteriori⁵⁰³. Si l'on admet qu'une invention technique doit résulter d'une idée créatrice, on ne peut guère refuser cette qualité à la découverte qui forme une de ses parties composantes ou à l'hypothèse qui en constitue généralement le point de départ. La découverte et l'hypothèse scientifiques sont le plus souvent dues à un acte irrationnel de l'esprit même si leur vérification fait appel au raisonnement logique⁵⁰⁴.

b) *quant à la protection des méthodes s'adressant à l'intelligence.*

79. Le second reproche que l'on peut faire aux auteurs précités c'est d'avoir considéré les idées d'une manière générale sans distinguer leur nature particulière. L'idée peut en effet ressortir du domaine de la connaissance ou de celui de l'activité pratique : soit elle est spéculative, soit elle débouche sur une action. Or l'idée, envisagée dans le cadre

⁵⁰¹ E. Ulmer : Der Urheberschutz wissenschaftlicher Werke, p. 13 et suiv.

⁵⁰² H. Hubmann : Urheber- und Verlagsrecht, p. 30. E. Ulmer : Urheber- und Verlagsrecht, p. 106.

⁵⁰³ Voir *supra* n° 45.

⁵⁰⁴ Dans le même sens, A. Elster : Schöpferische technische Leistung und wissenschaftliches Eigentum. GRUR 1929, p. 1139. H. Siegwart : Der urheberrechtliche Schutz der wissenschaftlichen Werke, p. 45. Schramm : Grundlagenforschung, p. 160. Pour M. Are, l'invention à la différence de la découverte, possède un caractère original qui réside dans l'application de la connaissance technique. Are, *op. cit.*, p. 109. Cette affirmation est en soi contradictoire : ou bien l'on admet l'originalité de la découverte et partant de l'invention ou bien on l'exclut tant pour l'une que pour l'autre. L'application pratique qui constitue le second élément de l'invention ne peut être à elle seule originale car elle ne représente qu'une conséquence logique, évidente de la découverte. Voir dans ce sens Franzosi, *op. cit.*, p. 168 et suiv.

d'une application pratique, est soumise, lorsque certaines conditions sont remplies, à un régime particulier, le droit des brevets d'invention. Pour que ce régime puisse intervenir, il faut que l'effet qui résulte de cette application ait un caractère technique, c'est-à-dire qu'il se manifeste par une transformation du monde de la matière⁵⁰⁵. Le législateur a donc créé une loi spéciale pour assurer, dans leur phase d'application, la protection de certaines idées. Mais en imposant cette condition de technicité de l'invention, il a par là exclu de la portée de la loi les idées non techniques, c'est-à-dire celles dont l'application bien qu'entraînant des résultats utiles pour la collectivité agit non pas sur la matière mais sur l'esprit. Ainsi les systèmes commerciaux, les idées publicitaires, les jeux, etc... bref tout ce que l'on désigne sous le terme de « méthodes s'adressant à l'intelligence » sont, par la volonté même du législateur, soustraits à l'emprise de la loi sur les brevets d'invention⁵⁰⁶. Que ce système de liberté soit conforme ou non à l'intérêt général est une question qui relève de la politique juridique. En revanche, ce serait porter atteinte à toute la systématique du droit de la propriété intellectuelle que d'octroyer un droit d'auteur à des productions dont l'essence dynamique s'avère inconciliable avec le caractère statique de ce régime.

c) *quant à la trame du roman.*

80. L'attraction de la trame du roman, de l'intrigue d'une pièce de théâtre, dans l'orbite du droit d'auteur paraît à première vue être le point fort des partisans de l'assujettissement des idées originales à ce régime. Si certaines intrigues ont été construites en fonction d'événements réels ou tirés de légendes appartenant au folklore des peuples, il en est d'autres qui doivent leur existence exclusivement à la fantaisie, à l'imagination de l'auteur. Ainsi dans l'œuvre de pure fiction, l'intrigue constitue toujours le fruit de l'activité créatrice de l'auteur. Il serait alors paradoxal, estime cette même doctrine, de vouloir protéger les intrigues originales et de maintenir en même temps le principe de l'exclusion des idées du domaine du droit d'auteur. Selon que l'intrigue appartiendrait ou non au patrimoine commun, elle participerait de la nature de l'idée ou de celle de la forme : une intrigue tirée du fond commun de la culture s'identifierait à l'idée exprimée dans l'œuvre alors que ce même élément, doté cette fois-ci d'un caractère original, deviendrait forme⁵⁰⁷. Pour éviter cette contradiction il faut ou bien

⁵⁰⁵ Voir *supra* n° 35.

⁵⁰⁶ Voir arrêts cités sous note 513 *infra*.

⁵⁰⁷ L'exemple de la légende de Thésée que nous donne M. Kummer illustre bien cette apparente contradiction. La légende de Thésée telle qu'elle nous a été transmise par la tradition appartiendrait au contenu de l'œuvre alors que cette même légende, dans la version d'André Gide, deviendrait la forme de l'œuvre. Kummer, *op. cit.*, p. 10 et suiv.

renoncer à protéger les intrigues résultant de l'activité créatrice, ou bien abandonner la discrimination opérée entre la forme et l'idée ⁵⁰⁸.

En réalité la contradiction n'est qu'apparente : la création esthétique tout entière se résume dans une expression, une représentation d'un certain objet. L'œuvre littéraire n'échappe pas à cette définition. Le problème posé par la protection des intrigues originales se résout sans difficulté si l'on sait distinguer l'expression de l'objet qu'elle représente. L'auteur d'une œuvre de fiction cherche à extérioriser des sentiments, des états d'âme, des conflits de nature passionnels. Il va donc se servir d'une intrigue qu'il aura imaginée en fonction de ce qu'il veut représenter. L'agencement des péripéties d'un roman ou d'une nouvelle, l'action d'une pièce de théâtre sont le résultat d'une mise en forme d'un flot de sensations, d'impressions, d'états d'âme que l'auteur a lui-même éprouvés ou qu'il a pu constater chez autrui. Avec l'intrigue l'auteur traduit en images des sentiments que chacun de nous ressent mais que nous sommes incapables de représenter ou de communiquer autrement que par des abstractions. Ainsi le sentiment de l'amour, de la haine, la sensation de la douleur ou du plaisir sont communs au genre humain : au niveau du langage ils sont représentés par des concepts qui n'ont aucun pouvoir suggestif. Tout l'art de l'auteur réside alors dans la création d'images concrètes susceptibles de traduire ce contenu émotionnel ⁵⁰⁹.

L'intrigue doit être soigneusement distinguée du thème de l'œuvre qui en constitue l'abstraction. L'intrigue se bâtit en effet à partir d'une donnée abstraite, le thème qui va identifier les états d'âme, les conflits passionnels que l'auteur a voulu représenter. Les épisodes d'un roman, l'enchaînement des situations et des scènes d'une pièce de théâtre, les séquences d'un film sont autant d'images concrètes qui doivent servir à illustrer l'idée générale dont procède l'œuvre de fiction. Dans la pièce Bloemfield & Cie, les auteurs Frappié et Favre ont cherché à exprimer « le scandale suscité par l'abominable pratique d'introduire de la chair humaine dans les produits alimentaires ». La scène de la découverte au cours d'un repas d'une bague enfermée dans un pâté était une des illustrations de ce thème ⁵¹⁰. Dans la pièce Boubouroche, Courteline a voulu représenter le thème de « l'indulgence que le besoin d'aimer ou d'être aimé inspire à un époux ». Il a alors imaginé une scène où le mari trompé après avoir découvert son infortune demande pardon à sa

⁵⁰⁸ Voir Kummer, *op. cit.*, p. 15. Dans le même sens, Hubmann : Urheber- und Verlagsrecht, p. 31. Ulmer : Urheber- und Verlagsrecht, p. 106 et suiv.

⁵⁰⁹ Sur la double nature du mot, image ou concept, voir Troller : Immaterial-güterrecht, vol. 1, p. 454 et suiv.

⁵¹⁰ Cass. 27 février 1918. Ann. 1919, p. 53. Critiqué par Desbois, *op. cit.*, p. 43 et suiv.

femme pour « avoir contrarié une intrigue et expulsé un rival »⁵¹¹. L'intrigue et le thème sont donc deux choses essentiellement différentes. Le thème est une abstraction qui, dans presque tous les cas, s'est imposée du dehors⁵¹². Cette abstraction va se concrétiser dans l'intrigue qui traduit en image le contenu émotionnel, objet de la représentation. En bâtissant l'intrigue, l'auteur commence son travail formateur car il organise d'après sa propre vision du monde extérieur l'objet qu'il va exprimer. L'intrigue relève donc de la représentation dans son moment interne et s'identifie à la forme interne de l'œuvre de fiction⁵¹³. L'erreur

⁵¹¹ Cour de Paris 12 mai 1909. Ann. 1910, p. 121. La Cour de Paris avait jugé sans preuve à l'appui que cette scène faisait partie du fond commun du théâtre et du roman. Voir la critique de cet arrêt faite par Troller : *Immaterialgüterrecht*, vol. I, p. 511. La Cour de Cassation (DP 1910, I, 1926 cité par Desbois, *op. cit.*, p. 42) rejeta le pourvoi en statuant que le droit d'auteur ne confère aucune exclusivité sur le thème et sur « l'illustration qu'en donne la péripétie culminante de l'intrigue ».

⁵¹² C'est un fait divers qui a incité Frappié et Favre à écrire leur pièce dont le thème avait déjà été traité par Erkmann-Chatrian. Voir Desbois, *op. cit.*, p. 40. Le thème de Roméo et Juliette, c'est-à-dire celui de l'amour entre les membres de deux familles qui se haïssent, remonte à la nuit des temps. Avant Shakespeare, il avait été représenté dans une pièce fort célèbre à l'époque : « *Arbie's Irish Rose*. » Voir Nimmer, *op. cit.* § 143, 111, p. 623. En fait, toute la littérature de fiction serait basée sur 36 thèmes ou idées générales fondamentales. Voir Ball, *op. cit.*, p. 319 et suiv.

⁵¹³ Are, *op. cit.*, p. 125. Dans le même sens, Troller : *Immaterialgüterrecht*, vol. I, p. 510 et suiv. Rintelen, *op. cit.*, p. 53. Voigtländer-Elster-Kleine, *op. cit.*, p. 7. En sens contraire, Schramm : *Grundlagenforschung*, p. 160, et Runge, *op. cit.*, p. 21, qui considèrent que l'intrigue relève du domaine de l'idée.

En droit américain, la distinction entre l'intrigue et le thème a été soulignée par Nimmer, *op. cit.* ad § 143, 111, p. 622 et suiv. Voir aussi Ball, *op. cit.*, p. 319 et suiv.

En Italie, la Cour de Cassation a jugé que la reproduction par une série de dessins, des épisodes principaux d'un roman constituait une violation du droit d'auteur. Cass. 21 mai 1953. Dir. aut. 1953, p. 385, sur pourvoi de la Cour d'Appel de Turin 2 mai 1952. Riv. dir. ind. 1954 II, p. 10. En sanctionnant la reproduction de l'intrigue d'un roman sous la forme d'une série de dessins, la Cour de Cassation lui reconnaissait un caractère suffisamment représentatif pour bénéficier de la protection légale. Ainsi et malgré la présence d'une forme externe totalement différente — passage du genre littéraire au genre artistique — l'identité de la forme interne suffisait pour établir la violation des droits d'auteur du romancier. Voir sur cette importante décision les commentaires de L. Brock. Riv. dir. Ind. 1954 II, p. 3 ; et de Greco : *Il diritto esclusivo di elaborazione e la possibilità della trasformazione tra opere letterarie ed opere figurative*. Dir. aut. 1954, p. 472.

Il est intéressant de comparer cet arrêt italien avec une décision du Tribunal de la Seine du 1^{er} décembre 1958 RIDA 1959, p. 77 qui avait jugé qu'une bande dessinée relatant l'histoire de la Tour de Nesle ne constituait pas une reproduction de l'œuvre de l'écrivain Maurice Druon « *Les Rois maudits* ». Même si chacune des réalisations comportait la même intrigue, celle-ci était directement tirée d'événements historiques ; en conséquence, déclarait le Tribunal, aucun écrivain ne peut s'approprier une intrigue qui découle de faits historiques.

En Allemagne, les tribunaux ont jugé protégeable l'intrigue originale mais l'ont rattachée au contenu de l'œuvre. Voir dans ce sens BGH 4 février 1958.

de MM. Hubmann et Ulmer a été d'avoir assimilé l'intrigue à l'idée exprimée, au contenu de l'œuvre alors qu'elle constitue un de ses éléments formants. Mais si l'intrigue fait partie de la forme de l'œuvre, le fait qu'elle puisse être protégée par le régime du droit d'auteur ne constitue pas une dérogation au principe de la liberté des idées⁵¹⁴. L'argument de MM. Hubmann et Ulmer qui paraissait décisif tombe ainsi de lui-même⁵¹⁵.

C) *Le caractère représentatif de l'œuvre et le principe de la liberté des idées.*

81. Le caractère représentatif⁵¹⁶ de l'œuvre paraît incompatible avec le principe de l'incorporation des idées au domaine couvert par le droit d'auteur. Si l'œuvre se définit comme une expression, la représentation d'un certain objet, la protection ne peut s'attacher qu'aux seuls éléments qui possèdent ce caractère, c'est-à-dire aux éléments formants. L'idée mise en forme par l'auteur ne doit donc pas tomber sous le coup du monopole qui lui est accordé car elle est incapable de faire l'objet d'une connaissance immédiate et n'est appréhendée que grâce au travail de notre intelligence⁵¹⁷. Ainsi notre sens de la vue perçoit les différences d'aspects existant entre l'image du canard Donald Duck de Walt Disney et celles du canard Gédéon de Benjamin Rabier⁵¹⁸. Mais c'est notre intelligence qui décèle l'idée commune que ces images renferment, à savoir l'idée de donner une forme humaine à des animaux. Protéger

GRUR 1958, p. 402, à propos de la chanson « Lili Marleen » ; et BGH 30 juin 1959. GRUR 1959, p. 379, à propos d'une pièce de théâtre. Dans ce dernier arrêt, la Cour fédérale distinguait le thème de l'œuvre — non protégeable, c'est-à-dire « die blosse Idee als allgemeine Anregung » de son illustration « die Einfügung eines bestimmten Einfalls in einen Handlungsablauf ».

En Suisse, dans l'arrêt *Doyle v. Goetz* 2 juin 1959 RO 85 II 120, le défendeur avait écrit une pièce de théâtre qui mettait aux prises les personnages du détective Sherlock Holmes et du docteur Watson. L'intrigue, désignée par notre Instance Suprême sous le terme de « Inhalt », n'avait pas été reprise d'une œuvre de Conan Doyle mais était le fait de l'activité personnelle du défendeur. Le Tribunal fédéral, en déboutant les héritiers de Doyle, déclarait que ni les noms donnés aux deux personnages, ni leur comportement, ni enfin la méthode dialectique utilisée dans la conception du dialogue, ne pouvaient constituer une création originale du célèbre auteur de romans policiers.

⁵¹⁴ Si l'intrigue n'est pas le fruit d'une activité créatrice mais qu'elle reproduit les péripéties d'une légende appartenant au folklore des peuples, l'œuvre ne sera originale que par l'expression, c'est-à-dire dans sa forme externe, voir notamment Cour de Paris, Ann. 1910, p. 127, à propos de la légende de Faust.

⁵¹⁵ Voir dans ce sens Are, *op cit.*, p. 125 et suiv.

⁵¹⁶ Sur le caractère représentatif de l'œuvre, voir *supra* n° 24 et suiv.

⁵¹⁷ Troller : *Immateriälgüterrecht*, vol. I, p. 507. Schramm : *Grundlagenforschung*, p. 200 et suiv.

⁵¹⁸ Exemple tiré d'un arrêt de la Cour de Paris du 11 octobre 1964. Ann. 1965, p. 213.

l'idée c'est alors faire d'un élément qui n'a aucun caractère représentatif le pivot du régime du droit d'auteur. A supposer que l'anthropomorphisme des animaux soit une idée originale⁵¹⁹ son auteur pourrait alors revendiquer toutes les représentations d'une telle idée. Le droit porterait ainsi sur quelque chose qui ne peut faire l'objet d'une connaissance directe. Le caractère représentatif de l'œuvre s'oppose par conséquent à ce que l'idée soit investie d'un droit d'auteur.

Dans la plupart des cas il est assez facile de distinguer l'œuvre, la représentation concrète de la donnée générale qui peut en être abstraite. Ainsi en est-il du style, de la manière⁵²⁰, du genre⁵²¹ ou encore du motif⁵²² dans les œuvres des Beaux-Arts. Dans les ouvrages scientifiques l'idée, le contenu scientifique peuvent être aisément dissociés de leur forme d'expression. En revanche, dans les œuvres littéraires de fiction, la question de savoir où finit le domaine de l'idée et où commence celui de la forme se révèle particulièrement délicate. Entre l'idée générale, le thème et l'expression achevée, il y a une succession de paliers qui traduit un passage progressif de l'abstraction à la concrétisation. A quel niveau doit-on s'arrêter pour fixer le moment interne de la représentation ? C'est là un des problèmes les plus difficiles de la matière du droit d'auteur et qui ne saurait être abordé ici. On peut toutefois dire en règle générale que si la concrétisation de l'idée atteint un tel degré qu'elle puisse susciter chez l'auditeur ou le lecteur une image capable de traduire le contenu émotionnel qui doit être représenté, le travail formateur de l'auteur aura déjà commencé⁵²³.

⁵¹⁹ Ce qui n'est pas le cas car cette idée remonte à la plus haute antiquité. Voir Cour de Paris, cité sous note 518. Voir aussi Tribunal Milan 6-26 juin 1963. Riv. dir. ind. 1963 II, p. 213, à propos de la souris « Topo gigio ».

⁵²⁰ Sur la liberté du style, de la manière, voir Troller : Immaterialgüterrecht, vol. I, p. 505. Schramm : Grundlagenforschung, p. 204.

⁵²¹ Voir en Allemagne : BGH 22 janvier 1952. GRUR 1952, p. 518, « Hummelfiguren » ; et en France : Seine 25 octobre 1932. Ann. 1934, p. 99. Cass. 13 février 1969. Rec. Dalloz 1969, p. 323.

⁵²² Cour de Paris 14 juin 1966. Ann. 1966, p. 182 : Substitution d'un motif floral du type Fragonard par un même motif du type Watteau. Cour de Paris 22 novembre 1919. Ann. 1921, p. 46 et suiv. : Utilisation dans deux réalisations esthétiques d'un motif de cloches.

⁵²³ Voir note 513 *supra*. Voir aussi App. Turin 8 avril 1960. Dir. aut. 1960, p. 343. Voir aussi Nimmer, *op. cit.* § 143. III, p. 622. En revanche la distinction opérée par M. Desbois entre l'idée concrète et l'idée abstraite ne paraît guère convaincante ; par idée concrète M. Desbois entend le symbole du thème général qui doit fournir le point culminant de l'action dramatique. Dans l'affaire Bloemfield & Cie, l'apparition de la bague dans le pâté constituerait l'idée concrète de la pièce et ne ferait pas partie de la composition. Desbois, *op. cit.*, p. 43. Il nous semble cependant que si l'idée est représentée d'une manière suffisamment concrète, il y a déjà un début d'expression. Dès lors et quand bien même un tiers ne reproduirait que cette image concrète, la violation du droit de l'auteur doit être sanctionnée. La reproduction illicite ne sera certes que partielle mais elle suffira à entraîner les sanctions prévues par le régime du droit d'auteur. Dans le même sens Troller : Immaterialgüterrecht, vol. I, p. 511.

§ 3. LE PRINCIPE DE LA LIBERTÉ DES IDÉES ET SON INCIDENCE SUR L'ORIGINALITÉ DE L'ŒUVRE.

A) *Exposé du problème et de sa solution dans la jurisprudence du Tribunal fédéral.*

82. Le principe de la liberté des idées dans le régime du droit d'auteur devrait entraîner des conséquences non seulement quant à la délimitation des contours du bien protégé mais également quant aux conditions de sa protection. Ce second aspect du problème a souvent été négligé par la jurisprudence. Lorsque les tribunaux soustraient à l'emprise du droit d'auteur des idées abstraites tels par exemple : des systèmes commerciaux⁵²⁴, des idéations publicitaires⁵²⁵, des méthodes d'enseignement⁵²⁶, des règles de jeu⁵²⁷, ils entendent garantir à chacun

⁵²⁴ Voir notamment TF 23 septembre 1937. Mitt. 1949, p. 80. Système de comptabilité Ruf. Voir aussi les arrêts américains cités sous note 62 *supra*.

⁵²⁵ Suisse : Tribunal Bâle 21 novembre 1950. SJZ 47 (1951) 359 : Idée d'utiliser la frimousse d'un bébé avec sa première dent pour une réclame de dentifrice.

Allemagne : BGH 20 septembre 1955. BGHZ 18, p. 175. « Werbeidee. »

France : Cour de Paris 28 novembre 1958. Ann. 1959, p. 186 : Procédé publicitaire consistant à mettre sous un emballage transparent une carte à jouer. Cass. 16 janvier 1964 JCP II 1970 n° 16148 à propos de l'imitation du test dit de « la blancheur comparée » pour un détergent — Persil — consistant à comparer deux ou plusieurs pièces de linge pour faire apparaître leur blancheur plus ou moins intense ; avec note Greffe.

Italie : App. Gênes 16 février 1934. Dir. aut. 1934, p. 327 confirmé par Cass. Dir. aut. 1935, p. 201 à propos de l'idée d'encarter une publicité dans chaque feuillet d'un calendrier.

Voir aussi sur la publicité commerciale et le droit d'auteur L. Sordelli : *Problemi giuridici della pubblicità commerciale*. Milan 1968. R. Dupertuis : *Le droit d'auteur dans le domaine de la publicité commerciale*. Lausanne 1964. R. Lindon : *L'idée artistique fournie à un tiers en vue de sa réalisation*. JCP I 970 n° 2295.

⁵²⁶ ATF 1^{er} février 1944 70 II 57, JdT 1944 p. 27 : « Habla. » Système de notation de nature à permettre l'exécution d'un morceau de musique par un accordéon.

France : Cass. 29 novembre 1960. Ann. 1961, p. 309 ; et Paris 25 juin 1962. RIDA 1962, p. 237 : Méthode d'enseignement de la musique avec note. Blauenstein. Ann. 1961, p. 310 ; et Desbois. Rev. trim. dr. com. 1961, p. 617.

⁵²⁷ La protection des règles de jeux par le droit d'auteur a fait l'objet de nombreux litiges en Italie. Il faut citer notamment : App. Milan 13-27 février 1934. Dir. aut. 1934, p. 200 confirmé par Cass. 17-27 juillet 1939. Dir. aut. 1939, p. 40 : Idée d'un jeu consistant à identifier douze peintres d'après leurs tableaux et à trouver le nom du treizième en combinant les douze premiers noms. App. Milan 17 mars 1961. Dir. aut. 1963, p. 496 : Jeu du scrabble avec note Fabiani. Dir. aut. 1963, p. 497. Trib. Rome 13 juillet 1963. Dir. aut. 1964, p. 350. Pretura Milan 22 mai 1963. Dir. aut. 1965, p. 45 : Jeux et concours télévisés.

Pour la Suisse voir : Tribunal sup. de Soleure 16 juillet 1948 47 SJZ (1951), p. 59 et suiv.

la liberté de l'utilisation de ces idées ; et ils ont raison. Mais les conséquences du principe de la liberté des idées ne s'arrêtent pas là. Si l'idée reste à l'écart de toute appropriation exclusive, elle ne devrait avoir aucune incidence sur la détermination de l'originalité sinon le principe de la liberté des idées demeurerait dans bien des cas lettre morte. Le Tribunal fédéral, à l'instar de certaines cours allemandes, ne semble pas avoir apprécié toute la portée du principe que nous nous sommes efforcés de justifier. Dans deux décisions, notre instance suprême pose certaines règles relatives à l'assise de l'originalité de l'œuvre qui remettent en question les fondements mêmes du droit d'auteur.

Ainsi dans l'affaire des tabelles Maag ⁵²⁸, le Tribunal fédéral attribue à la forme de la production intellectuelle, en l'occurrence des tables mathématiques, un rôle tout à fait accessoire : la présence d'une forme est certes nécessaire, dit le Tribunal fédéral, car elle permet de fixer l'idée dans la réalité ; toutefois l'idée reste au centre de ses préoccupations. Pour notre instance suprême, l'idée n'a pas à appartenir au genre littéraire car la loi fédérale sur le droit d'auteur protège « les œuvres scientifiques et les autres ouvrages figuratifs de nature scientifique ou technique ». Le Tribunal fédéral en conclut que « de nouvelles méthodes exprimées en formules ou en chiffres possèdent extérieurement le caractère d'une œuvre ». Examinant la condition de l'originalité, le Tribunal fédéral estime que celle-ci peut aussi bien trouver son assise « dans la matière ou le contenu que dans la forme ou la présentation ou les deux à la fois » ⁵²⁹. Et c'est là que l'arrêt du Tribunal fédéral pêche par un manque de systématique. Si l'on reconnaît que le droit d'auteur s'attache à la forme d'une réalisation, on ne peut, pour déterminer l'originalité de la production intellectuelle, se fixer sur un élément qui est étranger à l'objet protégé. Certes le Tribunal fédéral admet que la prérogative conférée par le droit d'auteur ne porte pas sur l'utilisation de l'idée, de la méthode représentée dans l'œuvre. Ainsi seule une reproduction de l'œuvre « dans sa forme essentielle » constitue une violation du droit. Malgré cette réserve, il est toutefois fort plausible qu'en déclarant protégeable une œuvre dont l'originalité réside dans la seule idée exprimée, on en arrive indirectement à assurer un monopole sur l'idée. Dans la mesure où la forme de communication n'est pas interchangeable, c'est-à-dire là où la méthode ne peut être représentée que dans une seule forme, le titulaire du droit de reproduction sur la forme bénéficiera également d'une exclusivité sur l'idée ⁵³⁰.

⁵²⁸ ATF 1^{er} mars 1938 64 II 162, JdT 1938 p. 523.

⁵²⁹ JdT 1938, p. 528.

⁵³⁰ Il faut naturellement que la forme soit nécessaire, ce qui paraissait être le cas ici. Voir dans ce sens Troller : *Immaterialgüterrecht*, vol. I, p. 413. Siegwart, *op. cit.*, p. 53. Trueb : *Der urheberrechtliche Schutz wissenschaftlicher Werke*. Mitt. 1958, p. 58, 68 et suiv.

Sur le plan pratique, l'arrêt Maag peut donc conduire à des résultats peu satisfaisants. Sur le plan théorique, il ne mérite guère d'éloges. Il semble pour le moins étrange qu'un régime qui vise à protéger les créations de forme par l'octroi d'un monopole de reproduction puisse asseoir la condition d'originalité sur une abstraction, c'est-à-dire sur l'idée représentée. C'est alors faire jouer à la forme un rôle très secondaire, celui d'un véhicule permettant à l'auteur de se manifester extérieurement⁵³¹. Avec l'arrêt des tabelles Maag, toute différence entre le régime des brevets d'invention et celui du droit d'auteur s'estompe : en effet, pour qu'une idée technique puisse prétendre à la protection légale, il faut en premier lieu qu'elle soit objectivée dans la réalité : telle est la fonction de l'exposé du brevet⁵³². Dans l'arrêt Maag la forme joue le rôle attribué dans le régime des brevets d'invention à la revendication, à la description et aux dessins. Elle devient un simple moyen au lieu de constituer une fin en soi.

Malgré une construction théorique parfaite, l'arrêt Schuster c/Schragg⁵³³ n'en aboutit pas moins en pratique à assurer la protection des idées par le biais du régime du droit d'auteur. Dans cette affaire concernant un manuel d'enseignement de dactylographie, le Tribunal fédéral commence par poser le principe que « les idées et les préceptes ne sont pas protégés comme tels par la loi sur le droit d'auteur ». Il ajoute à juste titre que la protection ne vise pas « la forme extérieure de communication » — forme externe — mais qu'elle s'étend « au plan, choix et conception de la matière, à l'ordonnance de celle-ci »⁵³⁴, — forme interne —. Jusqu'ici rien de critiquable si ce n'est que le Tribunal fédéral désigne par le terme « contenu » — Inhalt — ce qui constitue en réalité la forme interne de l'œuvre⁵³⁵. Où la décision apparaît comme totalement erronée, c'est lorsque le Tribunal fédéral justifie la protection du manuel d'enseignement en fonction de l'originalité « des exercices de doigts qui y sont représentés ». Il ne fait aucun doute, déclare le Tribunal fédéral, « que les différents jeux de doigts sont tant dans leur conception que dans leur ordonnance le résultat d'une activité intellectuelle... la méthode en question conçue dans tous les détails au point de vue didactique est... le résultat de multiples observations et d'une

⁵³¹ Voir del Bianco, *op. cit.*, p. 20.

⁵³² Voir art. 49 et suiv. L.B.

⁵³³ ATF 26 octobre 1962 88 IV 123, JdT 1963 IV p. 25.

⁵³⁴ JdT 1963 IV, p. 27.

⁵³⁵ Le terme « contenu » est en effet ambigu : certains auteurs l'utilisent comme synonyme de l'idée exprimée ; voir notamment Hubmann : Urheber- und Verlagsrecht, p. 32 ; d'autres auteurs dans le sens de « Gestalteter Stoff » ou forme interne, voir notamment Troller : Immaterialgüterrecht, vol. I, p. 457. C'est manifestement dans ce dernier sens que le terme « contenu » est employé par le Tribunal fédéral puisqu'il se réfère « au plan, choix et conception de la matière, etc. » qui constitue la forme interne telle que nous l'avons définie.

vaste expérience ; elle est donc le fruit d'une activité créatrice »⁵³⁶. Malgré les principes théoriques développés au début de l'arrêt, notre instance suprême en arrive, avec de tels considérants, à protéger la méthode mise au point par l'auteur du manuel. Certes la méthode est exprimée par une forme mais cette dernière passe complètement à l'arrière-plan. Par rapport à la méthode, la forme n'a aucune indépendance car pour que celle-là puisse être appliquée, il faut bien que l'auteur indique quelles doivent être les combinaisons de lettres ou de chiffres qui seront frappées par l'élève. Ces combinaisons n'ont donc été formées que dans le seul but de traduire le déroulement de la méthode. L'originalité, si elle est présente, ne peut donc résider que dans les exercices de doigts imaginés par l'auteur et non dans la manière dont ils sont représentés.

La jurisprudence allemande rappelle par certains points les deux décisions qui viennent d'être commentées. A propos de dessins techniques, la Cour fédérale jugeait en effet que l'originalité de la production pouvait être appréciée soit d'après la forme de communication de l'idée technique, soit d'après l'idée technique elle-même⁵³⁷. Dans une affaire concernant la reproduction de règles d'un jeu de loto, cette même Cour constatait que le fait de prévoir un tirage hebdomadaire, de percevoir une mise d'un montant modeste et d'en assurer le remboursement de la moitié ne constituait pas un contenu intellectuel — *Gedankeninhalt* — original justifiant l'octroi d'un droit d'auteur⁵³⁸ ; l'idée exprimée dans

⁵³⁶ JdT 1963 IV, p. 31.

⁵³⁷ BGH 16 mars 1956. GRUR 1956, p. 284 : Il y a en effet originalité s'il s'agit d'un dessin, « durch die der Konstrukteur einem schöpferischen Konstruktionsgedanken erstmals darstellerische Form verliehen hat ». Cet arrêt fut critiqué par Troller : *Immaterialgüterrecht*, vol. I, p. 414 et suiv. ; *id.* : « Technische Zeichnungen im Urheberrecht 60 SJZ (1964), p. 369. M. Ulmer estime qu'un dessin technique est original lorsqu'il contribue au progrès technique par la manière dont il représente la manipulation ou l'utilisation d'un objet. Ulmer, *op. cit.*, p. 122. M. Hubmann adopte des vues encore plus radicales puisqu'il suffit pour cet auteur que le dessin représente une idée de construction originale. Voir Hubmann : *Urheber- und Verlagsrecht*, p. 89 et suiv. Voir aussi Fromm-Nordemann, *op. cit.* ad § 2. Anm. 16, p. 64.

⁵³⁸ BGH 17 octobre 1961. GRUR 1962, p. 51. Voir dans le même sens RG 18 décembre 1912 RGZ 81, p. 120 où le Tribunal d'Empire paraît admettre l'originalité d'un livre de cuisine sur la base de la nouveauté de la recette ; le livre est original parce qu'il décrit un mélange inédit d'ingrédients. Voir aussi RG 30 juin 1928 RGZ 121, p. 357 où l'originalité de tables de calcul est établie en fonction des services que leur utilisation peut rendre au commerçant. Il faut cependant ajouter que la jurisprudence allemande est loin d'être uniforme : ainsi et même si certains arrêts paraissent établir l'originalité de l'œuvre en fonction de son contenu, les tribunaux visent le plus souvent la forme interne et non l'idée, l'abstraction représentée dans l'œuvre ; voir dans ce sens RG 16 mars 1927 RGZ 116, p. 229 à propos de livres d'adresses, et BGH 25 octobre 1955 BGHZ 18, p. 319 à propos d'un plan de ville. Sur les différents sens du terme « contenu » voir *supra* note 535.

la publication étant banale, le demandeur fut débouté de toutes ses conclusions. Avec de tels arrêts, la protection des idées par le régime du droit d'auteur est pratiquement consacrée.

B) *L'indépendance de la forme par rapport à l'idée.*

83. Pour éviter cette attraction dans l'orbite du droit d'auteur des idées générales, des abstractions, il faut exiger que l'originalité se manifeste dans les seuls éléments formants de l'œuvre. Cette condition ne peut alors être remplie que s'il existe une certaine autonomie entre l'expression et son contenu, entre la forme et l'idée. Le problème de l'indépendance de la forme par rapport à l'idée se pose surtout à l'égard des œuvres scientifiques et des ouvrages figuratifs de nature scientifique ou technique, encore que la question commence à prendre une certaine importance dans le domaine de la sculpture et de la peinture en raison des options prises par l'art moderne.

En règle générale, on peut dire que toutes les fois que la forme est déterminée par l'idée, c'est-à-dire lorsque le choix de l'expression est imposé par l'objet représenté, l'originalité fera défaut quelle que soit par ailleurs la valeur de la connaissance technique ou scientifique exprimée⁵³⁹. En d'autres termes, la possibilité d'une expression autonome et partant originale sera exclue dès lors que la forme ne peut être modifiée sans altérer profondément le contenu représenté. Dans cette hypothèse la forme devient fonction de l'idée représentée ; elle en est la conséquence logique, nécessaire. De la même manière et si le nombre des expressions à disposition est limité, l'originalité sera absente car celle-ci suppose un choix qui ne relève pas de l'évidence : la forme ne doit pas être celle qui vient immédiatement à l'esprit⁵⁴⁰. Appliquant ces principes à la forme externe de l'œuvre, on devra conclure à l'exclusion des formules mathématiques ou chimiques de la portée du droit d'auteur parce qu'elles sont des symboles fixes et immuables de la pensée scientifique. En revanche et même si le savant est soumis à une plus grande rigueur dans le choix d'une terminologie appropriée, la représentation littéraire d'une vérité ou d'une hypothèse scientifique offre une pluralité d'expressions suffisantes pour permettre à la condition d'originalité de se réaliser⁵⁴¹. Qu'en est-il maintenant de la forme interne, c'est-à-dire de l'organisation interne de l'expression ? La doc-

⁵³⁹ Voir dans ce sens Bonasi-Benucci, *op. cit.*, p. 200.

⁵⁴⁰ Dans ce sens Trueb, *op. cit.*, p. 6 ; voir aussi n° 64 *supra*.

⁵⁴¹ Voir notamment Troller : *Immaterialgüterrecht*, vol. I, p. 418 et suiv. Are, *op. cit.*, p. 115. Trueb, *op. cit.*, p. 59. Siegwart, *op. cit.*, p. 50. Bonasi-Benucci, *op. cit.*, p. 102. Voir aussi ATF 26 octobre 1962 88 IV 123, JdT 1963 IV p. 25.

trine semble divisée : M. Troller estime que la forme interne — Systematik — de l'œuvre scientifique est entièrement conditionnée par la connaissance scientifique qui doit être représentée. L'ordre des matières qui feront l'objet de l'exposé, le choix des exemples, la division en chapitres dépend logiquement du contenu scientifique exprimé et ne laisse aucune place au libre arbitre de l'auteur⁵⁴². Pour M. Are on ne peut établir de règles absolues : s'il est vrai que le lien entre l'objet représenté et l'organisation interne de l'expression est plus ferme que dans les œuvres de fiction, il n'en demeure pas moins que le savant jouit d'une certaine liberté dans la construction de son œuvre. L'importance relative qu'il faut attribuer à certaines matières qui se traduira dans l'œuvre par une analyse détaillée ou au contraire plus sommaire dépendra en grande partie de l'appréciation personnelle du savant, de l'historien. Dans tous les cas où l'organisation est certes fonction d'une meilleure compréhension du contenu scientifique mais n'est pas strictement nécessaire pour sa démonstration, le choix est plus intuitif que rationnel. En bref, lorsque la construction interne n'est pas la conséquence obligatoire du contenu exprimé, de l'idée représentée, il y aura place pour une réalisation originale⁵⁴³.

Ces mêmes principes peuvent être appliqués aux ouvrages figuratifs de nature scientifique ou technique. Toutefois une distinction doit être opérée selon que la forme est purement représentative d'un contenu scientifique — dessins techniques⁵⁴⁴, cartes géographiques⁵⁴⁵, plans de villes⁵⁴⁶, tests psychologiques⁵⁴⁷ — ou qu'elle détermine l'application sur le plan pratique d'une règle technique ou d'une méthode s'adressant à l'intelligence. Ainsi un système publicitaire⁵⁴⁸, une méthode de calcul⁵⁴⁹,

⁵⁴² Troller : *Immaterialgüterrecht*, vol. I, p. 418 et suiv. Selon Trueb, la forme interne d'une œuvre scientifique peut être originale : toutefois cet auteur soutient que la division des matières traitées en chapitres est un élément qui se situe en dehors de la forme. Trueb, *op. cit.*, p. 65. Cette opinion doit être écartée : lorsqu'un auteur organise la matière qu'il va représenter, il commence son travail formateur. Naturellement cette forme peut ne pas être originale.

⁵⁴³ Are, *op. cit.*, p. 116 et suiv. Dans le même sens Kummer, *op. cit.*, p. 111.

⁵⁴⁴ Voir notamment BGH 16 mars 1956. GRUR 1956, p. 284. Voir aussi A. Troller : *Technische Zeichnungen im Urheberrecht*. 60 SJZ (1964), p. 369.

⁵⁴⁵ Suisse : ATF 17 octobre 1933 59 II 401. Allemagne : RG 30 janvier 1924 RGZ 108, p. 62. Italie : Trib. Milan 25 sept. 1967. Rassegna 1967, p. 269.

⁵⁴⁶ BGH 25 octobre 1955, BGHZ 18 p. 319. BGH 3 juillet 1964, GRUR 1965 p. 45.

⁵⁴⁷ Italie : Cass. 1^{er} février 1962. Riv. propr. int. e ind. 1962, p. 223.

⁵⁴⁸ Ainsi la carte à jouer placée sous l'emballage transparent du produit n'exerce pas une fonction représentative. Elle constitue un des éléments nécessaires pour l'application de l'idée publicitaire. Voir arrêt cité sous note 525 *supra*.

⁵⁴⁹ Ainsi en est-il de papiers logarithmiques. Cour d'Appel Berne 28 novembre 1940. ZBJV, vol. 78 (1942), p. 37 et suiv. ; de tables mathématiques : ATF 64 II 162 et RG 30 juin 1928, RGZ 121, p. 357 ; de formulaires de comptabilité ATF Mitt. 1949, p. 80 et RG 20 février 1934, JW 1934, p. 1283 ; enfin d'une règle à calcul. BGH 27 mars 1963. BGHZ 39, p. 306.

un jeu⁵⁵⁰ peuvent se concrétiser dans une forme dont la fonction n'est pas de communiquer une nouvelle connaissance mais de la réaliser matériellement. On distinguera ainsi dans un jeu d'échecs le manuel qui expose les règles du jeu, des pions et de l'échiquier qui en constituent les moyens d'application⁵⁵¹. Dans un cas la forme se situe sur un plan intellectuel — le manuel —, dans l'autre elle relève de l'activité pratique — les pions et l'échiquier —. Lorsque la forme conditionne ainsi le déroulement d'une méthode, c'est par rapport à cette dernière que son originalité devra être établie. On conclura donc au défaut d'originalité de la forme lorsque celle-ci a été entièrement déterminée par la fonction qu'elle doit remplir dans l'application de la méthode⁵⁵². De cette manière le risque qu'en protégeant la forme on assure en même temps à l'auteur un monopole sur l'idée pratique sera complètement écarté. Dans l'hypothèse du jeu d'échecs la forme des pions pourra être facilement modifiée sans nuire au déroulement de la méthode ; en revanche la possibilité de varier la forme de l'échiquier paraît beaucoup plus restreinte⁵⁵³.

⁵⁵⁰ Dans le jeu de lotto, il faut distinguer le manuel qui expose les règles du jeu des autres éléments — billets, dispositifs pour le tirage au sort — qui permettent sa réalisation. Voir arrêt cité sous note 538.

⁵⁵¹ Voir Hubmann : *Urheber-und Verlagsrecht*, p. 90.

⁵⁵² Dans ce sens Trueb, *op. cit.*, p. 66, 70. Voir aussi BGH 25 nov 1958, GRUR 1959 p. 251 à propos d'un titre de transport. BGH 27 mars 1963 BGHZ 39 p. 306 à propos d'une règle à calcul. RG 20 février 1934, JW 1934 p. 1283 à propos de formulaires de comptabilité.

⁵⁵³ Le problème se pose surtout dans le cadre du droit des dessins et modèles. Voir *infra* n° 132 et suiv. Voir aussi L. Sordelli : *Problemi giuridici della pubblicità commerciale*, p. 220. Toutefois dans le domaine de l'art dit pur, la question commence à prendre de l'importance. M. Kummer a par exemple démontré comment, en accordant un droit d'auteur sur une forme concrète, on en arrive à protéger une méthode, une recette artistique. Ainsi la célèbre tête de taureau de Picasso réalisée par l'assemblage d'un guidon et d'une selle de bicyclette tient plus de la recette que de l'œuvre concrète. On peut en effet abstraire de l'entité concrète la règle suivante : « prendre un guidon de bicyclette et fixer ce dernier sur le bord le plus large de la selle. » La protection de la réalisation de Picasso conduirait, selon M. Kummer, à un monopole sur l'idée abstraite qui doit rester à l'écart du droit d'auteur ; en conséquence et parce qu'il n'existe aucune autonomie de la méthode artistique par rapport à la forme d'exécution, l'œuvre de Picasso ne pourrait donner prise à un droit d'auteur. Voir Kummer, *op. cit.*, p. 52, 69.

Section III :

L'IDÉE ET LA FORME DANS LE DROIT DES BREVETS D'INVENTION

§ 1. FORME DE COMMUNICATION ET FORME D'EXÉCUTION DE L'INVENTION.

A) *Les deux formes de l'invention.*

84. Alors que dans le régime du droit d'auteur c'est l'originalité de l'expression qui détermine la protection légale indépendamment de la valeur du contenu exprimé, dans le domaine des inventions techniques le moment créateur se situe au niveau de la conception de l'idée technique : l'originalité porte en effet sur le fait d'avoir su combiner des éléments qui, de prime abord, ne paraissaient présenter aucune affinité quelconque⁵⁵⁴. L'importance de la forme passe donc au second plan : sa valeur est purement instrumentale et n'intéresse l'invention que parce qu'elle permet de fixer l'idée dans la réalité phénoménologique. Mais l'invention technique appartient au genre des idées pratiques de sorte qu'elle est susceptible non seulement d'être représentée mais encore d'être exécutée. L'objectivation de l'idée se situe sur deux plans dont l'un relève de l'intellect, l'autre du monde de la matière.

L'extériorisation de l'invention sur le plan matériel se manifeste par la présence d'une entité concrète perceptible par les sens qui résulte de l'application de l'idée technique dans la réalité. Dans ce contexte, on parle de la forme d'exécution de l'invention — *Ausführungsform* —⁵⁵⁵. La forme d'exécution ne permet pas à elle seule de révéler l'invention dans la totalité de son processus causal. L'invention est par essence dynamique : elle sanctionne le passage d'un état initial à un état final. Causes et effet, moyens et résultat doivent ainsi pouvoir être identifiés. La forme d'exécution est incapable de traduire ce lien « moyen-résultat » car, étant une entité statique, elle n'indiquera qu'un stade — initial, intermédiaire ou final — du déroulement du processus causal⁵⁵⁶.

⁵⁵⁴ Voir *supra* n° 60.

⁵⁵⁵ Hubmann : *Gewerblicher Rechtsschutz*, p. 35. Voir aussi la notion de la « materielle Objektivierung » forgée par Cueni, *op. cit.*, p. 15 suiv., et celle de la « costruzione materiale » de Franzosi, *op. cit.*, p. 156 et suiv. Voir enfin Schramm : *Die schöpferische Leistung*, p. 152.

⁵⁵⁶ Voir *supra* n° 32.

L'invention technique de même que toute autre idée technique ou scientifique doit être comprise par notre entendement. Il faut par conséquent qu'elle puisse faire l'objet d'une définition qui s'adressera à notre intelligence. La perception sensorielle interviendra certes au premier degré mais sans le travail de notre intelligence, la donnée technique restera lettre morte⁵⁵⁷. L'invention portant sur une machine ne deviendra intelligible que si les relations existant entre ses organes, la fonction que chacun d'eux accomplit, sont mis en évidence, ce qui implique l'intervention du discours analytique. C'est pourquoi en échange du monopole d'exploitation accordé à l'inventeur ou à son ayant cause, le droit a exigé que celui-ci divulgue son invention dans *une forme de communication* — *Mitteilungsform* —⁵⁵⁸ qui est la demande de brevet. Cette dernière se compose entre autre de la description de l'invention et des dessins, de la revendication et des sous-revendications⁵⁵⁹. Lorsque le brevet est octroyé ces mêmes éléments constituent l'exposé du brevet⁵⁶⁰. La forme de communication se situe sur un plan idéal car son rôle est de décrire et de définir l'invention de façon à ce que celle-ci puisse être comprise et appliquée par les hommes de métier. Au niveau du langage, la forme de communication traduit l'invention en une règle. Tout comme dans le régime du droit d'auteur, la forme de communication exerce une fonction représentative qui se manifeste dans l'expression en vue de sa communication au monde extérieur d'un certain contenu. Ici s'arrête toutefois l'analogie. La représentation de l'idée technique dans une forme de communication n'est pas une fin en soi. A la différence du régime du droit d'auteur qui sanctionne la création d'expressions nouvelles et originales quelle que soit la valeur du contenu exprimé, dans le domaine des inventions techniques, seule la qualité qui se rattache à l'idée exprimée justifie l'octroi de la protection légale. Les conditions de nouveauté et d'originalité établies par le droit des brevets d'invention ne concernent donc pas la forme de communication dont la valeur est instrumentale, sa fonction s'épuisant dans la communication aux tiers d'un contenu technique⁵⁶¹. Si le droit n'attache aucune importance à la qualité de l'expression, il exige toutefois que celle-ci soit capable de représenter l'invention de manière à permettre son exécution par un homme de métier⁵⁶².

⁵⁵⁷ Voir notamment Troller : *Immaterialgüterrecht*, vol. I, p. 456.

⁵⁵⁸ Voir note 555 : il s'agit dans la terminologie de Cueni de la « *ideelle Objektivierung* » et dans celle de Franzosi de la « *costruzione formale* ».

⁵⁵⁹ Pour la Suisse voir art. 49 LB.

⁵⁶⁰ Art. 51 LB.

⁵⁶¹ Voir notamment Schramm : *Grundlagenforschung*, p. 160. Are, *op. cit.*, p. 131. Bonasi-Benucci, *op. cit.*, p. 184.

⁵⁶² Art. 50 LB ; et cela à peine de nullité ; Art. 26 ch. 4 LB.

B) *La représentation de l'invention dans la forme de communication et son incidence sur l'étendue du monopole du breveté.*

85. La forme d'exécution de l'invention résulte de l'application sur le plan pratique de l'idée technique représentée dans la forme de communication. Elle constitue en quelque sorte la projection dans le monde matériel de la règle technique formulée dans l'exposé du brevet. Dans sa structure physique ou chimique, la forme d'exécution doit par conséquent correspondre aux représentations idéales figurant dans la forme de communication. Or et si l'on considère que le monopole du breveté, c'est-à-dire le droit d'utiliser à titre exclusif l'invention professionnellement⁵⁶³ ne peut porter que sur des applications pratiques de l'idée technique, à savoir sur ses formes d'exécution, l'intérêt de l'inventeur ou de son ayant cause est alors de revendiquer dans la forme de communication le plus grand nombre possible de formes d'exécution. La portée du brevet devient ainsi fonction de la manière dont l'invention est représentée dans la forme de communication. Plus l'expression est concrète, moins les formes d'exécution seront nombreuses ; au contraire plus on s'élève dans l'abstraction, plus le monopole du titulaire du brevet sera étendu⁵⁶⁴. On constate donc toute l'importance de la rédaction de l'exposé du brevet, notamment de la revendication dans les pays où celle-ci constitue le point de départ de l'interprétation du brevet⁵⁶⁵.

La définition de l'invention dans la forme de communication pose des problèmes très délicats : la nature dynamique de l'invention, son caractère de procédé plaident en faveur d'une représentation aussi abstraite que possible. Une définition qui ne s'attacherait qu'aux structures corporelles des moyens ou du résultat ne pourrait exprimer l'invention dans tout le déroulement du processus causal. L'invention suppose toujours la combinaison, la mise en œuvre de deux ou plusieurs moyens en vue de produire un effet matériel. Le moyen considéré isolément n'a donc aucune signification pour l'invention⁵⁶⁶. Dès lors iden-

⁵⁶³ Voir notamment Art. 7 LB.

⁵⁶⁴ Blum et Pedrazzini, *op. cit.*, vol. III ad Art. 51. Anm. 5, p. 135. Matter, *op. cit.*, p. 66 a.

⁵⁶⁵ Notamment en Suisse où l'Art. 51 al. 2 prévoit que la revendication est concluante quant à l'étendue de la protection conférée par le brevet. Cela signifie que la revendication constitue en droit suisse, à la différence du droit allemand, la seule assise qui puisse déterminer la portée de l'invention. La description et les dessins peuvent servir à interpréter la revendication ; ils ne sauraient en aucun cas la compléter. L'interprète ne peut donc tirer de la description un élément qui ne figure pas dans la revendication. Mais une fois posés tous les éléments de l'invention dans la revendication, rien n'empêche le juge de rechercher à partir de ce texte quelle est la véritable portée de l'idée inventive. Voir Matter, *op. cit.*, p. 70 a et suiv. A. Martin-Achard, *op. cit.*, p. 167 a. Blum et Pedrazzini, *op. cit.*, vol. III ad art. 51. Anm. 7, p. 155 et suiv.

⁵⁶⁶ Voir *supra* n° 30 et suiv.

tifier concrètement un moyen par sa structure corporelle c'est décrire une entité statique ⁵⁶⁷, c'est aller contre l'essence profonde de l'invention. Si l'on veut représenter l'invention dans sa phase dynamique, il faut identifier les moyens par le rôle qu'ils jouent dans la combinaison inventive, c'est-à-dire en indiquant leur fonction respective ⁵⁶⁸. Du reste, dans certains domaines techniques, notamment dans la mécanique, la fonction se confond généralement avec la désignation générique d'une classe d'appareils ⁵⁶⁹. Par exemple, le dispositif qui permet d'établir une communication entre un moteur et une machine et de les désaccoupler sans arrêter le moteur est désigné par sa fonction, c'est-à-dire « embrayer ». Pour chaque combinaison particulière on peut envisager plusieurs types d'appareils réalisant cette même fonction : embrayage à courroie, à friction, automatique. Si dans la forme de communication de l'invention le moyen est défini par sa fonction, celle-là va alors couvrir toutes les réalisations qui mettent en jeu des moyens accomplissant la fonction d'embrayer. Par rapport au moyen, la fonction représente ainsi une abstraction ⁵⁷⁰.

Si donc en théorie la définition abstraite doit être préférée à la définition concrète, en pratique elle n'est pas toujours possible. Tout d'abord parce que le langage n'est pas indéfiniment extensible et que dans de nombreux cas, notamment lorsque l'invention concerne un domaine technique jusqu'alors inexploré, il n'existe pas de termes susceptibles de représenter la fonction accomplie : on devra recourir à une périphrase qui décrira concrètement et les moyens mis en œuvre et le résultat obtenu ⁵⁷¹. Ensuite avec une représentation par trop abstraite, on risque de tomber dans le vague, dans l'imprécision et d'énoncer ainsi un problème sans indiquer sa solution. L'action en nullité du brevet viendrait alors sanctionner cette carence de définition ⁵⁷². Enfin et si le brevet porte sur un produit, c'est-à-dire sur une chose corporelle — Erzeugnispatent — l'intervention d'une définition concrète paraît iné-

⁵⁶⁷ Franzosi, *op. cit.*, p. 237.

⁵⁶⁸ Sur l'importance de la fonction des moyens dans le droit des brevets d'invention voir Kohler : *Handbuch*, p. 105. Blum et Pedrazzini, *op. cit.*, vol. III ad Art. 51. Anm. 5, p. 130. Van der Haeghen, *op. cit.*, p. 118. Roubier, *op. cit.*, vol. II, p. 79. Bumbacher, *op. cit.*, p. 54. Voir aussi *supra* n° 30.

⁵⁶⁹ Van der Haeghen, *op. cit.*, p. 116 et suiv. Voir aussi Müller : *Schutz der Mittel im Patentrecht*. Mittelunger 1935, p. 175 et suiv.

⁵⁷⁰ Pietzcker Kommentar ad § 1. Anm. 67, cité par Bumbacher, *op. cit.*, p. 54. Il y aura également représentation abstraite, si dans un alliage on désigne non pas un métal déterminé, le nickel par exemple, mais le groupe auquel il appartient, c'est-à-dire le fer. Voir Blum et Pedrazzini, *op. cit.*, vol. III ad Art. 51. Anm. 5, p. 138.

⁵⁷¹ Franzosi, *op. cit.*, p. 223. Van der Haeghen, *op. cit.*, p. 117. Reimer, *op. cit.* ad § 6. Anm. 4, p. 268.

⁵⁷² Art. 26 ch. 3 LB, voir aussi Matter, *op. cit.*, p. 67 a et suiv. Blum et Pedrazzini, vol. III ad Art. 51. Anm. 5, p. 136. Bumbacher, *op. cit.*, p. 58. Reimer, *op. cit.* ad § 6. Anm. 30, p. 297 et Anm. 47, p. 319.

vitable⁵⁷³. Toutes ces raisons militent en faveur d'une définition de l'invention qui tienne un juste milieu entre le concret et l'abstrait⁵⁷⁴. La solution idéale serait de représenter dans la revendication l'invention d'une manière générale et abstraite et d'indiquer dans les sous-revendications des exemples qui correspondraient à toutes les formes d'exécution possibles et imaginables. Toutefois dans la plupart des cas cette tâche paraît insurmontable : à la date du dépôt de la demande de brevet, l'inventeur est rarement en mesure de prévoir toutes les conséquences que son invention va entraîner sur le plan pratique⁵⁷⁵.

Ces quelques considérations nous permettent de conclure que le langage est le plus souvent incapable de définir d'une manière exhaustive la portée véritable de l'invention. La question qui se pose alors est celle de savoir si le breveté peut revendiquer un monopole sur des formes d'exécution, qui ne seraient pas expressément décrites dans la forme de communication. Répondre par la négative c'est alors faire dépendre le nombre des formes d'exécution tombant sous le coup du brevet du degré d'abstraction dont fait preuve l'exposé du brevet. Certes, cette solution⁵⁷⁶ paraît favoriser le principe de la sécurité du droit puisque les tiers connaîtront par avance les limites à l'intérieur desquelles ils devront s'abstenir de toute activité. Mais l'équité en souffrirait car dans bien des cas l'exclusivité ainsi accordée au breveté sera illusoire. Si l'on veut que le droit des brevets d'invention atteigne véritablement son objectif, il faut que la zone d'exclusivité réservée au breveté soit fonction non pas de la manière dont l'invention est exprimée dans la forme de communication, plus spécifiquement dans la revendication, mais de l'enrichissement que l'inventeur a procuré à la collectivité⁵⁷⁷. L'interprétation du brevet, c'est-à-dire la recherche de la portée réelle de l'idée inventive se révèle donc d'une importance primordiale.

⁵⁷³ Blum et Pedrazzini, *op. cit.*, vol. III ad Art. 51. Anm. 5, p. 139.

⁵⁷⁴ Matter, *op. cit.*, p. 67 a. J. Reymond : Le système de définitions des inventions en droit des brevets. Lausanne 1959, p. 104. Voir aussi Ett. Luzzato, *op. cit.*, p. 98, et Müller, *op. cit.*, p. 175, qui conseillent d'indiquer à la fois les fonctions et les moyens à moins que ceux-ci ne résultent implicitement de la désignation de celles-là.

⁵⁷⁵ Roubier, *op. cit.*, vol. II, p. 221. Casalonga, *op. cit.*, vol. II, p. 46. Blum et Pedrazzini, *op. cit.*, vol. III ad Art. 51. Anm. 8, p. 159. Krause-Kathlun-Lindenmaier, *op. cit.* ad § 6. Anm. 17, p. 158. Schramm : Grundlagenforschung, p. 155 et suiv.

⁵⁷⁶ En faveur d'une interprétation restrictive de l'exposé du brevet voir notamment G. Sena : L'interpretazione del brevetto. Milano 1955, p. 67 et suiv.

⁵⁷⁷ Principe reconnu dans la jurisprudence et la doctrine de la plupart des pays, voir notamment : Blum et Pedrazzini, *op. cit.*, vol. III ad Art. 51. Anm. 8, p. 160. Matter, *op. cit.*, p. 50 a, 53 a, 79 a et suiv. Reimer, *op. cit.* § 6. Anm. 4, p. 268. Benkard, *op. cit.* ad § 6. Anm. 56, p. 214. Anm. 66, p. 221. Klauer-Möhring, *op. cit.* ad § 6. Anm. 2, p. 154. Tetzner, *op. cit.* ad § 6. Anm. 29, p. 219. Schramm : Grundlagenforschung, p. 151. Pour la jurisprudence suisse voir notamment : ATF 29 juin 1932 58 II 289, 4 octobre 1938 64 II 392, JdT 1939 p. 485. Voir pour l'Allemagne : RG 9 février 1910 RGZ 80 p. 54, 2 mars 1912 RGZ 79 p. 186, 12 novembre 1927 RGZ 119 p. 70.

§ 2. L'INTERPRÉTATION DU BREVET.

86. Dans la plupart des cas, un brevet doit être interprété car le langage ne traduit qu'imparfaitement la véritable signification de l'idée inventive. Si la forme de communication de l'invention constitue le point de départ nécessaire pour apprécier l'étendue des droits du breveté, il n'en demeure pas moins qu'en général elle ne peut à elle seule délimiter la zone d'exclusivité réservée à ce dernier. Comme n'importe quelle autre interprétation d'un texte juridique, l'interprétation du brevet doit obéir à certaines règles si on ne veut pas tomber dans l'arbitraire. Les principes d'interprétation qui vont être examinés ci-après sont pour la plupart d'origine allemande. Le droit allemand se caractérise en effet par une certaine systématique reposant sur des considérations théoriques solidement étayées alors que dans d'autres pays l'empirisme semble toujours prévaloir. C'est notamment le cas en Suisse malgré les tentatives faites par certains juristes⁵⁷⁸ pour donner au domaine de l'interprétation du brevet une certaine cohérence. Ainsi la jurisprudence du Tribunal fédéral paraît ne pas avoir attribué toute l'importance qu'elle mérite à la doctrine des équivalents qui représente pourtant l'instrument indispensable permettant d'identifier au-delà de la forme concrète, l'idée inventive⁵⁷⁹. Par ailleurs des notions aussi fondamentales que celles de l'objet de l'invention et de l'aire de protection conférée par le brevet ont été par trop souvent confondues⁵⁸⁰. Aussi dans un exposé, si sommaire soit-il des règles d'interprétation du brevet, le recours aux concepts forgés par la doctrine allemande paraît inévitable.

A) *Objet de l'invention — Gegenstand der Erfindung — et aire de protection conférée par le brevet — Schutzzumfang —.*

87. Déjà dans la loi du 27 mai 1877, le législateur allemand avait adopté le système de la définition de l'invention dans une revendication⁵⁸¹ et subordonné l'octroi du brevet à un examen préalable⁵⁸² des

⁵⁷⁸ Parmi les auteurs suisses qui ont traité d'une manière scientifique les problèmes de l'interprétation du brevet, il faut citer en plus du commentaire de MM. Blum et Pedrazzini, J. Reymond et M. Vollenweider : *Die Auslegung der Erfindungspatente nach deutschem und schweizerischem Recht*. Zürich-Lachen 1942.

⁵⁷⁹ La doctrine des équivalents n'est mentionnée par le Tribunal fédéral que dans deux arrêts : ATF 29 juin 1932 58 II 279 et 27 février 1934 60 II 121. M. Troller se montre également sceptique quant à l'utilité d'une telle doctrine. Troller : *Immaterialgüterrecht*, vol. I, p. 206.

⁵⁸⁰ Notamment par Matter, *op. cit.*, p. 84 a, et Bumbacher, *op. cit.*, p. 15 et 118.

⁵⁸¹ Avec la loi du 2 juillet 1968, qui introduit à son article 13 le système de la définition des inventions dans une revendication, la France s'est mise au diapason des législations les plus modernes. On peut se demander toutefois si le

conditions de brevetabilité réalisé par un institut spécialisé, l'office des brevets — Patentamt —. La question qui s'est immédiatement posée fut alors celle de savoir quelle pouvait être la valeur à l'égard des tiers d'une revendication rédigée non pas par le seul déposant mais en collaboration avec un organisme officiel. On s'est très vite rendu compte que la procédure de l'examen préalable, malgré le filtrage relativement sévère opéré par les fonctionnaires de l'office, n'était pas une garantie absolue contre les risques de breveter une idée technique appartenant au domaine public : certaines antériorités pouvaient en effet échapper à la vigilance de l'office de sorte que la revendication allait couvrir des formes d'exécution déjà potentiellement incluses dans l'état de la technique. D'autre part et pour les raisons qui viennent d'être exposées, il paraissait difficile de prévoir en cours de procédure toutes les formes d'exécution qui relevaient de l'idée inventive. Dans ces conditions, la jurisprudence a dû reconnaître que si l'invention devait être définie de la façon la plus claire possible dans la revendication, sa véritable portée ne pouvait être fixée une fois pour toutes au stade de l'octroi du brevet ; il fallait donc à l'occasion de chaque violation interpréter le brevet pour en dégager sa signification réelle⁵⁸³. Définition de l'invention par l'office des brevets, interprétation du brevet par les tribunaux ordinaires, cette double activité s'est traduite sur le plan juridique par la distinction opérée par la doctrine et la jurisprudence allemandes entre l'objet de l'invention — *Gegenstand der Erfindung* — et l'aire de protection conférée par le brevet — *Schutzumfang* —⁵⁸⁴. A quoi ces deux notions correspondent-elles ? Selon l'ancienne pratique allemande⁵⁸⁵ la zone couverte par l'objet de l'invention était définie par le texte de la revendication interprété à la lumière de la description et des dessins. Quant à l'aire de protection conférée par le brevet, elle s'identifiait à l'idée inventive plus générale — *allgemeinere Erfindungsgedanke* —

droit français n'est pas allé trop loin dans le formalisme. L'Art. 28 prévoit en effet que la revendication détermine l'étendue de la protection. Cette disposition permet-elle encore d'interpréter le brevet d'une façon extensive et notamment de faire intervenir la doctrine des équivalents.

⁵⁸² Lors de la récente modification de la loi allemande sur les brevets d'invention du 4 septembre 1967, l'examen préalable a été remplacé par un examen différé. L'examen des conditions de brevetabilité — nouveauté, niveau inventif, progrès technique — est effectué à la requête du déposant. Celle-ci doit intervenir dans un délai de sept ans à partir de la date du dépôt de la demande de brevet. Passé ce délai, la demande tombe automatiquement, Art. 28 litt. a, b, c, de la loi du 4 septembre 1967. Voir aussi Reimer, *op. cit.* ad § 28. Anm. 1, p. 1029 et suiv.

⁵⁸³ Voir RG 9 février 1910. RGZ 80, p. 542. « La revendication a pour fonction de définir l'invention d'une manière aussi précise que possible, cela à l'intention du technicien, mais elle n'a pas à délimiter sous tous aspects l'aire de protection qui en résulte. A cet égard, d'autres moyens doivent être réservés. »

⁵⁸⁴ Ces concepts furent forgés pour la première fois par Hermann Isay : *Wesen und Auslegung des Patentspruchs*, Mitteilungen 9, p. 138 et suiv.

⁵⁸⁵ Dite aussi « *Zweiteilungslehre* ».

telle qu'elle résultait d'une interprétation extensive de l'exposé du brevet⁵⁸⁶. En 1944, la doctrine⁵⁸⁷ et la jurisprudence⁵⁸⁸ ont introduit un nouveau concept, celui de l'objet immédiat de l'invention sans pour autant altérer profondément le sens et la portée de la distinction initiale.

La distinction entre l'objet de l'invention et l'aire de protection conférée par le brevet relève avant tout de considérations de nature procédurale. Du fait de l'intervention d'un organe officiel dans la rédaction de la revendication, on pouvait se demander dans quelle mesure les tribunaux ordinaires, à qui compétaient les actions en violation des droits du breveté, étaient légitimés à revoir la décision de l'office des brevets. La distinction a donc rendu possible une répartition des compétences entre l'office des brevets et les tribunaux ordinaires. Toujours selon l'ancienne pratique allemande — *Zweiteilungslehre* —, à l'office des brevets incombait la tâche de fixer l'objet de l'invention dans la revendication⁵⁸⁹ ; dans un procès en violation du brevet, sa décision liait les tribunaux ordinaires. Lorsque la réalisation technique arguée de contrefaçon correspondait dans tous ses éléments à l'objet de l'invention, les tribunaux ordinaires avaient l'obligation de sanctionner la violation sans pouvoir réexaminer les conditions de brevetabilité — nouveauté, niveau inventif, progrès technique — au cas où le défendeur aurait excipé de la nullité du titre. En revanche si cette réalisation se situait en marge des éléments décrits dans la revendication, c'est-à-dire si elle tombait sous le coup de l'idée inventive plus générale, les tribunaux devaient, avant de prononcer la condamnation du défendeur, vérifier si cette idée dont la portée avait été ainsi étendue, satisfaisait aux conditions de brevetabilité⁵⁹⁰.

Mais l'importance de la distinction entre l'objet de l'invention et l'aire de protection conférée par le brevet paraît également indéniable sur le plan théorique. Pour certains auteurs, elle entraînerait même des conséquences quant à l'exercice des prérogatives réservées au titulaire du brevet. Ainsi l'objet de l'invention correspondrait à l'aspect positif du droit⁵⁹¹ ; dans cette perspective le droit d'utiliser l'invention profes-

⁵⁸⁶ Voir notamment Reimer : *Aequivalenz, Erfindungsgegenstand, allgemeiner Erfindungsgegenstand in Theorie und Praxis*. GRUR 1958, p. 369.

⁵⁸⁷ *Dreiteilungslehre*, voir notamment Lindenmaier : *Der Schutzzumfang des Patents nach der neueren Rechtsprechung*. GRUR 1944, p. 50.

⁵⁸⁸ RG 2 octobre 1944. GRUR 1951, p. 278. Voir aussi BGH 13 novembre 1951. BGHZ 3, p. 366 (370).

⁵⁸⁹ Dans un arrêt du 23 mai 1914 RGZ 85 p. 95, le Tribunal d'Empire accordait à l'office le droit de délimiter l'aire de protection si cela était faisable ; sur la portée de cette décision voir Reimer, *op. cit.* ad § 6. Anm. 10, p. 274.

⁵⁹⁰ Voir notamment E. Reimer : *Aequivalenz, Erfindungsgegenstand...*, cité sous note 586.

⁵⁹¹ Dans ce sens Schramm : *Grundlagenforschung*, p. 155 ; *id.* : *Das Patentverletzungsprozess*, p. 3 et 5 ; voir aussi Benkard, *op. cit.* ad § 6. Anm. 35, p. 201 et suiv. ; Blum et Pedrazzini, *op. cit.*, vol. III ad Art. 66. Anm. 8, p. 440.

sionnellement ne porterait que sur les formes d'exécution définies par la revendication interprétées à l'aide de la description et des dessins. En revanche, le déposant ne pourrait faire valoir les droits afférents à l'aire de protection que dans un sens négatif. Cette zone constituerait en quelque sorte un secteur de défense — *Defensivraum* — qui permettrait au breveté de se protéger contre des atteintes qui, si elles se situent à la périphérie de l'objet de son invention, n'en troublent pas moins l'exploitation du bien immatériel.

On peut certes discuter le bien-fondé de la distinction opérée entre l'aspect positif et l'aspect négatif du droit résultant du brevet. Il semble en effet difficilement soutenable que le breveté ne puisse, en théorie, exploiter toutes les formes d'exécution qui dérivent de son invention⁵⁹². Cette objection mise à part, l'opposition entre l'objet de l'invention et l'aire de protection garde toute sa valeur car la manière d'en tracer les contours est différente dans l'une et l'autre de ces hypothèses. L'objet de l'invention doit résulter clairement de l'exposé du brevet — revendications interprétées à l'aide des dessins et de la description —, ce qui signifie que déjà au stade de l'octroi du brevet les formes d'exécution qui en relèvent auront été expressément déterminées. L'aire de protection va par contre couvrir toutes les formes d'exécution qui ne découlent pas directement de l'exposé du brevet mais qu'un homme de métier de bonne formation aurait pu réaliser à partir de son texte, sans toutefois faire preuve d'activité inventive. L'objet de l'invention n'explicite pas ces formes d'exécution, il en est cependant la cause⁵⁹³. Par définition, l'aire de protection ne peut donc être circonscrite une fois pour toutes et dans toutes ses directions. Il faudra en premier lieu, qu'un tiers empiète sur les droits du breveté, ce qui suppose l'existence matérielle d'une réalisation technique qui prétendument utilise l'idée brevetée. Une fois cette condition remplie, le juge pourra certes fixer un des points de l'aire de protection en établissant le rapport de connexité nécessaire entre la réalisation en cause et l'objet de l'invention. Mais l'aire de protection n'aura toutefois été définie que dans une seule direction ; d'autres empiètements seront nécessaires si l'on veut boucler le cercle qui la délimite. A la différence de l'objet de l'invention qui peut se définir par avance au stade de l'octroi du brevet, l'aire de protection se construit progressivement, au fur et à mesure des violations alléguées⁵⁹⁴.

⁵⁹² Dans ce sens, Hubmann : *Gewerblicher Rechtsschutz*, p. 130. Cet auteur estime que l'aspect positif du droit recouvre entièrement l'aspect négatif.

⁵⁹³ Schramm : *Der Patentverletzungsprozess*, p. 128, 165 ; *id.* : *Grundlagenforschung*, p. 158.

⁵⁹⁴ Schramm : *Grundlagenforschung*, p. 173. Voir aussi : BGH 10 mai 1960. GRUR 1960, p. 478, avec note. Tetzner, p. 482 : « Man kann eben nie den Schutzzumfang eines Patents festlegen, sondern immer nur prüfen, ob eine konkrete Ausführungsform in den Schutzzumfang des Patents fällt. » Dans le même sens Blum et Pedrazzini, *op. cit.*, vol. III ad Art. 66. Anm. 8, p. 443 qui, pour cette

Quelles sont les règles d'interprétation qui permettent au juge de fixer un des points de l'aire de protection conférée par le brevet, d'extraire l'idée inventive plus générale ? C'est ce que nous allons examiner ci-après en abordant l'étude de la doctrine des équivalents.

B) *La doctrine des équivalents.*

a) *Idée de solution et moyens techniques.*

88. Lorsque l'on affronte les problèmes posés par la doctrine des équivalents, il ne faut pas perdre de vue que l'invention est une entité immatérielle, distincte et autonome des moyens matériels qui l'extériorisent dans la réalité. L'invention transcende en effet la structure chimique ou physique des corps dans laquelle elle se matérialise⁵⁹⁵. Placé devant un problème technique, l'inventeur imagine une solution qui doit lui permettre d'obtenir l'effet recherché. Par exemple, dans l'invention de la balance automatique, le problème qui s'était posé à l'inventeur était celui de mettre à la disposition du public une balance capable de peser l'utilisateur contre rémunération, cela sans aucune intervention d'un tiers chargé de percevoir le prix fixé. La solution imaginée par l'inventeur fut alors celle d'utiliser le poids de la pièce de monnaie pour déclencher le mécanisme de la bascule⁵⁹⁶. Une fois cette idée conçue, l'inventeur va la concrétiser sur le plan matériel : il traduira la solution du problème en organes corporels appropriés. Mais ces organes, ces agents ou moyens techniques, s'ils réalisent l'invention, ne doivent pas être confondus avec elle. L'essence de l'invention réside toujours dans l'idée qui a conduit à la solution du problème — *Losungsidee* — et non dans la forme d'exécution qui la concrétise dans la réalité. Par rapport à la forme d'exécution, cette idée de solution représente une abstraction. Par exemple d'un dispositif consistant à rendre solidaire la porte d'un four et une grille supportant la pièce à cuire de façon à provoquer la sortie du support lors de l'ouverture de la porte, on peut abstraire l'idée plus générale d'avoir établi entre deux organes une relation cinéma-

raison, rejettent le concept de l'idée inventive plus générale. Puisqu'il s'agit toujours de comparer deux entités concrètes, l'objet de l'invention et son imitation — Art. 66 LB — on ne pourra jamais, estiment ces mêmes auteurs, abstraire de cette comparaison un principe qui puisse couvrir toutes les imitations virtuelles.

⁵⁹⁵ Voir notamment Troller : *Immaterialgüterrecht*, vol. I, p. 165 ; Blum et Pedrazzini, *op. cit.*, vol. I ad Art. 1. Anm. 6, p. 73 ; Pilenko, *op. cit.*, p. 256. Benkard, *op. cit.* ad § 1. Anm. 1, p. 89. Tetzner, *op. cit.* ad § 1. Anm. 20, p. 53. Hubmann : *Gewerblicher Rechtsschutz*, p. 75 ; Ettore Luzzato : *Teoria*, p. 93. Voir enfin n° 30 *supra*.

⁵⁹⁶ Exemple donné par de nombreux auteurs notamment par van der Haeghen : *Les inventions mécaniques et le principe des équivalents*. Liège 1918, p. 61 et suiv.

tique particulière permettant la transformation d'un mouvement circulaire alternatif — mouvement de la porte — en un mouvement rectiligne alternatif — mouvement du support de la pièce à cuire ⁵⁹⁷.

Le problème des équivalents va se poser au stade de l'expression de l'idée de solution dans la forme de communication. On sait en effet qu'une invention peut être représentée dans l'exposé du brevet de deux manières : soit abstraitement, c'est alors l'idée de solution qui est directement représentée ⁵⁹⁸, soit concrètement en indiquant un ou plusieurs exemples qui correspondront aux différentes formes d'exécution de l'invention — porte reliée à la grille par une tringle, par des câbles, etc. —. Dans la première de ces hypothèses la doctrine des équivalents n'aura pas à intervenir car la forme de communication couvrira toutes les réalisations concrètes qui découlent de l'invention explicitant ainsi des formes d'exécution qui, les unes par rapport aux autres, seront équivalentes ⁵⁹⁹. Mais dans la plupart des cas cette généralisation n'est pas possible ⁶⁰⁰. Dès lors le recours à la doctrine des équivalents s'avérera indispensable si l'on veut assurer à l'inventeur un monopole qui corresponde véritablement à l'enrichissement qu'il a procuré à la collectivité ⁶⁰¹.

b) *Caractère relatif de l'équivalence.*

89. On dit de deux choses différentes qu'elles sont équivalentes lorsque, considérées sous un certain angle, elles possèdent une valeur égale. En droit des obligations, on parle de l'équivalence des prestations. Ainsi l'échange est un contrat qui met en jeu des prestations équivalentes, c'est-à-dire des prestations dont la valeur exprimée en termes monétaires est égale ⁶⁰². La somme d'argent devient le dénominateur commun qui permet d'apprécier l'équivalence des dites prestations.

⁵⁹⁷ Exemple donné par van der Haeghen : Les inventions mécaniques, p. 14 et suiv. Voir aussi les exemples de M. Valancogne, *op. cit.*, p. 82.

⁵⁹⁸ Naturellement les moyens concrets devront être également indiqués sinon l'homme de métier ne pourra réaliser l'invention. Voir Isay, *op. cit.* ad § 4. Anm. 14, p. 208. Voir aussi Müller, *op. cit.*, p. 175.

⁵⁹⁹ Voir notamment J. Kohler : Patentsgegenstand und Erfindungsumfang. GRUR 1912, p. 161. E. Reimer : Der Schutz der Äquivalente im Patentverletzungsstreit. GRUR 1930, p. 461. Voir aussi Bumbacher, *op. cit.*, p. 51. Matter, *op. cit.*, p. 66 a. Ett. Luzzato : Idea di soluzione e contraffazione di brevetto. Riv. propr. int. e ind. 1957, p. 14.

⁶⁰⁰ Pour les raisons exposées au n° 82.

⁶⁰¹ Voir notamment BGH 14 juillet 1961. GRUR 1962, p. 29, 31 : « Die Lehre von der patentrechtlichen Gleichwertigkeit (Äquivalenz) ist auf das Bestreben zurückzuführen, dem Erfinder den ihm gebührenden Lohn ungeschmälert zuzuwenden. »

⁶⁰² Bumbacher, *op. cit.*, p. 9.

Dans le domaine technique le dénominateur commun est représenté par la fonction technique exercée par les moyens en vue du but à atteindre ⁶⁰³. On dira de deux moyens qu'ils sont équivalents si chacun d'eux, considéré d'après sa fonction, est capable de produire un effet technique identique. L'équivalence a toujours un caractère relatif car les moyens sont susceptibles d'exercer diverses fonctions selon la nature de l'association à laquelle ils participent. Un moyen, envisagé isolément, n'exerce aucune fonction mais il possède une pluralité de propriétés ⁶⁰⁴. A chacune de ces propriétés correspond dans un moment dynamique, c'est-à-dire lorsque le moyen agit dans une combinaison donnée, une fonction particulière. Chaque moyen a par conséquent « un nombre de puissances d'équivalence mesuré par le nombre de fonctions potentielles qu'il est apte à remplir » ⁶⁰⁵. Par exemple et grâce à ses propriétés particulières, une plaque de tôle peut être utilisée comme réflecteur de la lumière ou comme agent conductible ⁶⁰⁶. Un fil de cuivre est également un agent conductible mais il est incapable de réfléchir la lumière. Ce n'est donc qu'en considération de l'effet produit — transmission de l'électricité, de la chaleur — que la plaque de tôle et le fil de cuivre sont dans un rapport d'équivalence. L'équivalence ne peut donc être établie que dans le cadre d'une combinaison technique concrète et jamais dans l'abstrait. Elle revêt par conséquent toujours un caractère relatif car si deux moyens agissent de la même manière dans toutes les directions, il n'y a plus d'équivalence mais identité ⁶⁰⁷. Il est vrai que l'équivalence de certains moyens se vérifie dans un très grand nombre de cas tandis qu'avec d'autres moyens elle ne se réalise que dans une seule hypothèse ⁶⁰⁸. Cette précision nous conduit alors à examiner les différentes catégories d'équivalents élaborées par la pratique allemande.

c) *Equivalence technique et équivalence au point de vue du brevet en cause.*

90. Selon la fréquence du rapport d'équivalence, la doctrine allemande distingue les équivalents « techniques » des équivalents « au point de vue du brevet en cause » ⁶⁰⁹. Par équivalents techniques, il faut entendre

⁶⁰³ Voir notamment Reimer : *Aequivalenz, Erfindungsgegenstand...*, p. 391.

⁶⁰⁴ Müller, *op. cit.*, p. 176. Schramm : *Die Patentverletzungsprozess*, p. 115.

⁶⁰⁵ Van der Haeghen : *Le droit intellectuel*, p. 120 ; *id.* : *Les inventions mécaniques...*, p. 80 et suiv.

⁶⁰⁶ Exemple donné par Bumbacher, *op. cit.*, p. 24.

⁶⁰⁷ Bumbacher, *op. cit.*, p. 23.

⁶⁰⁸ Isay, *op. cit.* ad § 1. Anm. 37, p. 74. Reimer, *op. cit.* ad § 1. Anm. 37, p. 60.

⁶⁰⁹ Technische und patentrechtliche Äquivalente. Voir la traduction française de ces termes par M. Beier ; lettre de la République fédérale allemande. PI. 1956, p. 203 et suiv.

« des moyens qui d'après les règles de la technique en général, c'est-à-dire indépendamment de l'invention en cause et compte tenu de leur fonction principale sont connus comme aptes à produire un même résultat technique »⁶¹⁰. Ainsi le bois et le charbon sont deux corps combustibles qui constituent une source de chaleur. La vis et le clou servent chacun à réunir des planches ; comme agent propulseur on peut utiliser la pression de l'eau ou celle de l'air, etc... L'homme de métier sait par expérience qu'il peut employer l'un ou l'autre de ces moyens pour produire l'effet voulu ; leur rapport d'équivalence fait partie du bagage technique de tout spécialiste moyen. Il n'y a certes pas entre ces moyens d'équivalence au sens absolu du terme. Le clou n'est pas un équivalent de la vis lorsqu'il s'agira de fixer deux plaques de métal⁶¹¹. Mais le rapport d'équivalence subsiste pour toute une série de problèmes techniques. L'interchangeabilité des moyens est possible dans un très grand nombre de cas.

L'équivalence au point de vue du brevet en cause exige un examen beaucoup plus minutieux de la situation. L'action des moyens est en effet analysée non plus dans un cadre général, mais dans le contexte d'une combinaison technique particulière. A la différence des équivalences techniques, l'identité du résultat final n'est à elle seule pas suffisante. Il faut encore que malgré la substitution d'un moyen par un autre le déroulement du processus causal reste le même, ce qui implique que l'idée de solution n'ait pas été essentiellement modifiée⁶¹². En d'autres termes, l'équivalence au point de vue du brevet en cause suppose une identité à la fois du déroulement de la cause et de la réalisation de l'effet : le moyen échangé doit exercer dans la combinaison inventive la même fonction que le moyen substitué. Si dans une combinaison $a+b = x$ on remplace l'élément a par l'élément c , on ne pourra conclure au rapport d'équivalence entre a et c que si l'effet x intervient dans les deux combinaisons et qu'entre a et b d'une part et a et c d'autre part subsiste la même relation fonctionnelle⁶¹³. En réalité ce qui distingue

⁶¹⁰ Voir traduction Beier, cité sous note 609. Voir aussi Reimer, *op. cit.* ad § 1. Anm. 37, p. 59 ; *id.* : Der Schutz der Äquivalente... ; *id.* : Äquivalenz, Erfindungsgegenstand..., p. 390. Isay, *op. cit.* ad § 1. Anm. 37, p. 74. Tetzner, *op. cit.* ad § 6. Anm. 52, p. 239. Klauer-Möhring, *op. cit.* ad § 6. Anm. 4, p. 165. Voir aussi RG 20 octobre 1942. GRUR 1951, p. 278, 2179. BGH 12 juin 1956. GRUR 1957, p. 20. BGH 19 mai 1962. GRUR 1962, p. 575.

⁶¹¹ Van der Haeghen : Le droit intellectuel, p. 120. Reimer, *op. cit.* ad § 1. Anm. 37, p. 60.

⁶¹² Reimer, *op. cit.* ad § 6. Anm. 55, p. 329. Schramm : Der Patentverletzungsprozess, p. 119. Bumbacher, *op. cit.*, p. 49. Voir aussi les auteurs cités sous note 610.

⁶¹³ L'interprétation du brevet ne doit pas conduire à la délivrance par les tribunaux d'un brevet différent de celui qui a été accordé par l'office des brevets. L'équivalence n'entre ainsi en ligne de compte que si le problème et sa solution sont identiques. Ainsi le même effet produit par deux solutions différentes exclut le rapport d'équivalence car le brevet ne protège pas le résultat technique

les équivalents techniques des équivalents au point de vue du brevet en cause c'est que, dans le premier cas, l'homme de métier connaissait le rapport d'équivalence indépendamment de toute référence à l'invention alors que dans le second cas, ce même rapport n'a pu naître dans son esprit qu'à la suite de la publication de l'invention dans l'exposé du brevet. Dans cette seconde hypothèse, il aura fallu tout d'abord que le technicien analyse la solution du problème spécifique traité par l'inventeur pour pouvoir ensuite réaliser que deux moyens qui ne paraissent avoir aucun rapport quelconque jouent un rôle identique et partant sont interchangeables⁶¹⁴. Par exemple, dans un procédé de fabrication d'allumettes l'inventeur indique que la pâte qui résulte du mélange de certaines matières doit être déshumidifiée : à cette fin il propose d'utiliser un tamis. Un contrefacteur ingénieux substitue au tamis une essoreuse⁶¹⁵. Avant que l'invention n'ait été révélée dans sa forme de communication, l'homme de métier n'avait aucune raison d'associer dans un rapport d'équivalence le tamis et l'essoreuse ; la séparation des éléments d'un mélange constitue la fonction typique, notoire d'un tamis ; l'essoreuse en revanche est une machine destinée principalement à enlever l'eau qui imprègne le linge. Le rapport d'équivalence entre ces deux moyens n'a ainsi pu surgir dans l'esprit du spécialiste moyen que lorsque l'invention a été divulguée dans l'exposé du brevet. L'invention est donc la cause directe de la naissance du rapport d'équivalence entre le tamis et l'essoreuse⁶¹⁶.

L'équivalence au point de vue du brevet en cause ne concerne ainsi qu'un seul rapport de causalité particulier alors que l'équivalence technique est posée pour une série de problèmes. Celle-ci ne devrait dès lors jouer aucun rôle dans le droit des brevets d'invention puisque l'invention représente toujours la solution du problème spécifique. L'équivalence technique établit toutefois une présomption « juris tantum » de la présence d'une équivalence du point de vue du brevet en cause⁶¹⁷. Cette présomption n'est cependant pas irréfragable : la substi-

obtenu ; de la même manière on ne pourra parler d'équivalence lorsqu'une combinaison de moyens identiques provoque deux effets différents sinon on protégerait les moyens en tant que tels indépendamment du rôle qu'ils jouent dans la combinaison. La question de savoir si l'effet est identique ou si au contraire la combinaison de moyens résoud un problème de nature différente se révèle fort délicate en pratique : un changement qualitatif de l'effet suffit-il ? — *verschlechterte Ausführungsform* — faut-il exiger que l'effet se produise dans un domaine technologique différent ? (*technischgewerbliche Variationsmöglichkeit*) — voir Reimer, *op. cit.* ad § 6. Anm. 56, p. 329. Schramm : *Der Patentverletzungsprozess*, p. 115 et suiv. Tetzner, *op. cit.* ad § 6. Anm. 49, p. 235 et suiv.

⁶¹⁴ Voir notamment Schramm : *Der Patentverletzungsprozess*, p. 128.

⁶¹⁵ Exemple tiré d'un arrêt de la Cour fédérale, voir BGH 28 oct. 1952. GRUR 1952, p. 112.

⁶¹⁶ Schramm : *Der Patentverletzungsprozess*, p. 132. Voir aussi BGH 12 juin 1956 GRUR 1957, p. 20. 11 juillet 1963 GRUR 1964 p. 132. 20 mai 1962 GRUR 1962 p. 575.

⁶¹⁷ Reimer, *op. cit.* ad § 1. Anm. 38, p. 62.

tution d'un moyen par un autre qui lui est techniquement équivalent peut ne pas déterminer d'équivalence au point de vue du brevet en cause si la fonction exercée par chacun des moyens dans la combinaison particulière n'est pas sa fonction principale ou régulière⁶¹⁸. Inversement, des moyens peuvent être équivalents au point de vue du brevet en cause sans pour autant constituer des équivalents techniques⁶¹⁹.

d) *Equivalence évidente — glatte — et non évidente — sonstige —.*

91. Pour le droit, l'équivalence de deux moyens n'est relevante que si elle est connue à la date du dépôt de la demande. Il faut donc qu'à ce moment précis l'homme de métier de bonne formation ait été en mesure de la déceler sans faire preuve d'activité inventive. L'équivalence est donc une notion qui, comme celle du niveau inventif, suppose un examen rétrospectif⁶²⁰.

Dans ce contexte, la doctrine allemande distingue, à propos de l'équivalence au point de vue du brevet en cause, deux catégories de moyens équivalents. Cette classification est fonction de l'intensité de l'activité intellectuelle déployée par le spécialiste moyen pour déduire de l'exposé du brevet le rapport d'équivalence. La doctrine a ainsi opposé les équivalents évidents — *glatte Äquivalente* — aux équivalents non évidents — *sonstige Äquivalente* —. Les équivalents évidents sont des moyens que l'homme de métier de bonne formation reconnaît comme interchangeables d'un premier coup d'œil sans aucune réflexion particulière, alors que les équivalents non évidents ne peuvent être décelés qu'en suite d'un effort intellectuel supérieur qui ne doit toutefois pas dépasser le seuil de l'activité inventive⁶²¹. La distinction

⁶¹⁸ Reimer : *Äquivalenz, Erfindungsgegenstand...*, p. 391. Beier, *op. cit.*, p. 205 et suiv. Benkard, *op. cit.* ad § 6. Anm. 98 et suiv., p. 239 et suiv. Tetzner, *op. cit.* ad § 6. Anm. 52, p. 239.

⁶¹⁹ Par exemple le tamis et l'essoreuse.

⁶²⁰ Pour cette raison le concept d'équivalents inventifs — *Äquivalente mit erfinderischem Überschuss* — doit être écarté. Ceux qui ont défendu cette notion tel Tetzner, *op. cit.* ad § 6. Anm. 52, p. 239 ne tiennent pas compte de l'examen rétrospectif que nécessite le jugement sur l'équivalence. Il ne suffit pas que deux moyens exercent dans une combinaison une même fonction pour établir l'équivalence. Il faut encore qu'à la date du dépôt de la demande l'identité des fonctions ait été reconnaissable pour l'homme de métier, à l'aide d'un effort intellectuel normal. Si cette condition n'est pas remplie, si l'identité des fonctions ne pouvait être décelée qu'à la suite d'une activité inventive, on doit admettre que l'équivalence des deux moyens en cause n'existait pas encore pour le monde de la technique à la date du dépôt de la demande. Voir dans ce sens Reimer : *Äquivalenz, Erfindungsgegenstand*, p. 393. Schramm : *Der Patent-verletzungsprozess*, p. 129.

⁶²¹ Reimer, *op. cit.* ad § 1. Anm. 39, p. 63. Beier, *op. cit.*, p. 205. Bumbacher, *op. cit.*, p. 79. Benkard, *op. cit.* ad § 6. Anm. 89 et suiv., p. 239 et suiv. Tetzner, *op. cit.* ad § 6. Anm. 52, p. 239. Pour la jurisprudence voir note 610 *supra*.

paraît fort difficile à établir ; de plus la terminologie en est fort mal choisie ⁶²². Aussi a-t-elle été rejetée par de nombreux auteurs ⁶²³. Ainsi pour M. Schramm seule la division entre équivalents techniques — funktionsgleiche Mitteln — et équivalents au point de vue du brevet en cause — funktionsgleichwertige Mitteln — revêt une importance sur le plan juridique ⁶²⁴. Cette opinion semble d'autant plus conforme à la logique que les équivalents techniques sont toujours évidents ⁶²⁵.

C) *L'idée inventive plus générale — allgemeinere Erfindungsgedanke.*

92. La doctrine des équivalents énonce un ensemble de principes qui permettent une interprétation extensive de l'exposé du brevet. Elle contribue donc à déterminer les contours respectifs des différentes zones d'exclusivité qui sont réservées au breveté. On peut se demander cependant si le recours à la théorie des équivalents est suffisant pour assurer au breveté un monopole sur toutes les formes d'exécution qui découlent de son invention. D'après la conception qui prévaut actuellement dans le droit positif allemand — Dreiteilungslehre — tel semblerait être le cas puisque les équivalents non évidents délimitent l'aire de protection conférée par le brevet et sont ainsi rattachés à l'idée inventive plus générale. Dans le contexte de la division tripartite entre l'objet immédiat de l'invention, l'objet de l'invention et l'aire de protection, les zones dans lesquelles le breveté peut exercer ses prérogatives sont en effet définies de la manière suivante : l'objet immédiat de l'invention est constitué par le texte de la revendication interprété à la lumière de la description et des dessins ; l'objet de l'invention est formé de ces mêmes éléments auxquels viennent s'ajouter les équivalents évidents. Enfin dans l'idée inventive plus générale tombent tous les équivalents non évidents. Pour porter atteinte à l'objet immédiat de l'invention, il faudra donc que le contrefacteur ait reproduit tous les éléments de l'idée technique tels qu'ils sont représentés dans la revendication. En revanche, s'il opère avec des moyens qui sont des équivalents évidents de ceux exprimés dans la revendication, il aura fait un usage illicite de l'objet de l'invention. Enfin s'il emploie des équivalents non évidents, il aura

⁶²² Du moins dans sa traduction française : car si est inventif tout ce qui n'est pas évident, a contrario, un équivalent ne peut être qu'évident.

⁶²³ Notamment par Schramm : Der Patentverletzungsprozess, p. 130 ; et Reimer : Der Schutz der Äquivalenz im Patentverletzungsstreit. GRUR 1930, p. 461 ; *id.* : Äquivalenz, Erfindungsgegenstand... Dans cet article, l'éminent auteur allemand propose de supprimer la notion d'équivalence et de la remplacer par les trois concepts suivants : Nächstliegendes, noch Naheliegendes, nicht mehr Naheliegendes (erfinderischer Überschuss). Toutefois dans la dernière édition du commentaire de Reimer, publié après sa mort, la distinction traditionnelle a été reprise.

⁶²⁴ Schramm : Der Patentverletzungsprozess, p. 125 et suiv.

⁶²⁵ Reimer : Äquivalenz, Erfindungsgegenstand..., p. 392.

repris l'idée inventive plus générale, empiétant ainsi sur l'aire de protection conférée par le brevet ⁶²⁶.

La conception qui vient d'être exposée est celle que la Cour fédérale allemande a appliquée dans une jurisprudence constante, à une exception près ⁶²⁷. Elle est loin cependant d'avoir fait l'unanimité dans la doctrine car elle laisse subsister des lacunes qui permettront aux concurrents du breveté d'emprunter certains éléments de son invention en toute impunité. Si vraiment toutes les violations possibles du brevet se circonscrivent autour de la seule utilisation de moyens équivalents, comment pourra-t-on faire tomber sous le coup du brevet une réalisation technique qui ne reproduirait qu'une partie des éléments brevetés. Dans cette hypothèse, la doctrine des équivalents est en effet inapplicable. On sait que pour qu'il y ait équivalence au point de vue du brevet en cause, il faut pouvoir remplacer un ou plusieurs éléments par d'autres sans pour autant modifier ni le résultat final, ni le déroulement du processus causal, c'est-à-dire la manière dont est obtenu ce résultat. L'élément nouvellement introduit doit accomplir dans la combinaison la même fonction que l'élément substitué. L'équivalence suppose donc, comme condition première, que la revendication et la réalisation technique qui prétendent empiéter sur les droits du breveté possèdent un nombre égal d'éléments ou de facteurs techniques. Si tel n'est pas le cas, le déroulement du processus causal dans chacune de ces combinaisons ne sera pas le même puisqu'un des maillons de la chaîne de causalité présent dans l'une d'entre elles, fera défaut dans l'autre. Il s'ensuit que les relations fonctionnelles qui unissent les moyens à l'intérieur des combinaisons en cause seront différentes : l'adjonction ou la suppression d'un moyen modifie donc d'une façon essentielle l'idée de solution de sorte que les conditions qui permettraient d'invoquer la théorie des équivalents ne se trouvent pas remplies ⁶²⁸. Cette conclusion n'exclut toutefois pas encore l'atteinte aux droits du breveté car on peut établir la violation en se fondant non plus sur l'identité des idées de solution que les combinaisons concrètes renferment, mais sur un principe plus abstrait qui leur est commun. A cette fin, il faut toutefois appliquer le concept de l'idée inventive plus générale hors du cadre limité de la doctrine des équivalents.

⁶²⁶ Voir notes 587 et 588 *supra* : voir aussi les arrêts cités par Reimer, *op. cit.* § 6, p. 270.

⁶²⁷ Dans un arrêt du 13 mars 1960 paru au GRUR 1960, p. 474, la Cour fédérale a placé les équivalents non évidents dans l'objet de l'invention distinguant ainsi le domaine de l'équivalence de celui de l'idée inventive plus générale. Mais la conception traditionnelle a été reprise par la Cour fédérale dans un arrêt du 11 juillet 1963 paru au GRUR 1964, p. 132.

⁶²⁸ Voir dans ce sens Schramm : Der Patentverletzungsprozess, p. 120, 152 ; *id.* : Die Ruhelosen nicht-glatten patentrechtlichen Äquivalente. GRUR 1964, p. 413 et suiv. Blum et Pedrazzini, *op. cit.*, vol. III ad Art. 51. Anm. 8, p. 157 et suiv.

Dans le domaine technique, l'inventeur s'intéresse aux réalités immédiates. Sa démarche intellectuelle part donc du particulier pour s'élever progressivement dans l'abstraction, la généralisation. Sur la base d'une observation de certaines données concrètes, il formulera une règle qu'il peut soit limiter aux faits observés, soit étendre à d'autres faits selon qu'il a su ou non discerner toutes les implications de sa découverte. Toute règle technique se situe ainsi à un certain niveau d'abstraction ; au niveau inférieur elle va se concrétiser sous différentes formes d'exécution. Mais l'idée technique peut elle-même représenter une variante d'application d'un principe plus général⁶²⁹. Par exemple et pour améliorer le rendement d'une machine qui, au moyen d'un poinçon imprime certains signes à intervalle régulier sur une bande mécanique, l'inventeur imagine de réunir l'organe qui fait avancer la bande au poinçon par un système de roues dentées. L'inventeur peut alors décrire structurellement son invention, c'est-à-dire énoncer les caractéristiques corporelles de ces trois organes. Il peut également s'attacher à leur fonction respective, notamment à celle du système de roues dentées : il revendiquera ainsi tout dispositif qui a pour fonction de transmettre le mouvement du poinçon à l'organe qui fait avancer la bande — dispositif d'engrenage —. Il peut enfin formuler son invention d'une manière plus générale encore et revendiquer tout moyen qui établit entre le mouvement du poinçon et celui de l'organe qui fait avancer la bande une solidarité parfaite⁶³⁰. Si cette idée abstraite ne se borne pas à exposer un problème sans en indiquer la solution, si d'autre part elle est nouvelle, si enfin elle peut être décelée par un homme de métier sans que celui-ci ait à faire preuve d'activité inventive, il n'y a apparemment aucune raison de ne pas réserver à l'inventeur toutes les formes d'exécution qui en découlent⁶³¹. Ainsi violera le brevet non seulement celui qui aura remplacé le système de roues dentées par un système de cames — utilisation de moyens équivalents qui laisse l'idée de solution inchangée — mais aussi celui qui aura obtenu cette solidarité entre les organes sans faire intervenir des moyens mécaniques, par exemple en utilisant un compteur de temps permettant de régler le mouvement de l'organe qui fait avancer la bande sur celui du poinçon⁶³².

⁶²⁹ Voir dans ce sens Kohler : *Handbuch*, p. 151 et suiv. ; *id.* : *Patentgegenstand und Erfindungsumfang*. GRUR 1912, p. 161.

⁶³⁰ Exemple donné par A. Luzzato : *L'istituto del modello di utilità nella legislazione italiana*. Riv. propr. int. e ind. 1951, p. 95 et suiv.

⁶³¹ Sur les conditions que doit remplir l'idée inventive plus générale pour que les formes d'exécution qui en dépendent puissent être revendiquées, voir surtout Schramm : *Die Patentverletzungsprozess*, p. 152 et suiv. Dans la plupart des cas la règle est si générale qu'elle ne permet pas à l'homme de métier de résoudre le problème posé. Par ailleurs et plus on étend la portée de l'idée, plus celle-ci va couvrir des variantes d'exécution qui appartiennent à l'état de la technique. Ces considérations réduisent considérablement les possibilités d'une interprétation par trop extensive du brevet.

⁶³² Voir aussi les exemples donnés par Schramm : *Der Patentverletzungsprozess*, p. 120 et suiv. ; et Reimer, *op. cit.* ad § 6. Anm. 12, p. 277 et suiv.

Il ne faut toutefois pas se méprendre sur le sens et la portée du concept de l'idée inventive plus générale. Il ne s'agit pas d'abstraire une fois pour toutes de l'exposé du brevet une règle générale qui puisse couvrir toutes les formes d'exécution qui dépendent de l'invention. L'objectif est beaucoup plus modeste : en recherchant l'idée inventive plus générale, on s'efforce en réalité de déterminer quels peuvent être les points communs de deux entités concrètes qui procèdent d'idées de solution différentes⁶³³. L'analyse exige donc une généralisation encore plus poussée qu'en matière d'équivalents⁶³⁴.

D) *Les trois stades de l'interprétation du brevet.*

93. En séparant le domaine de l'équivalence de celui qui se rattache à l'idée inventive plus générale, on peut alors distinguer trois stades

⁶³³ Voir notamment BGH 10 mai 1960. GRUR 1960, p. 479 : « ... ist bei der Ermittlung eines allgemeinen Erfindungsgedankens... nicht zu prüfen, ob ein allgemeiner Erfindungsgedanke (irgendwelcher Art) zu entnehmen ist, sondern ob ein dem Klagepatent und der angegriffenen Verletzungsform gemeinsamer allgemeiner Erfindungsgedanke festzustellen ist, welcher beide Ausführungsformen umfasst. »

En droit suisse, la loi distingue l'utilisation illicite de l'invention de son imitation. Selon MM. Blum et Pedrazzini il y aurait utilisation illicite de l'invention lorsqu'un tiers reproduit tous les éléments figurant dans la revendication sous une forme identique ou équivalente. Pour ces auteurs les équivalents tombent donc dans la zone de l'objet de l'invention. En revanche, déclarent MM. Blum et Pedrazzini, l'imitation se situe à la périphérie de l'invention ; elle ne ferait pas partie de la zone réservée à l'exploitation exclusive du breveté. MM. Blum et Pedrazzini définissent alors l'imitation comme une utilisation des seuls éléments essentiels de l'invention, les éléments d'importance secondaire étant laissés de côté par l'imitateur. Voir MM. Blum et Pedrazzini, *op. cit.*, vol. III ad Art. 51. Anm. 7 et suiv., p. 155 et suiv. ; ad Art. 66. Anm. 8 et suiv., p. 440 et suiv.

Tout en se référant à l'ouvrage de MM. Blum et Pedrazzini, le Tribunal fédéral n'en a pas moins considéré comme une imitation, l'utilisation de moyens équivalents à ceux figurant dans la revendication, par exemple emploi de blocs en lieu et place de rails dans une invention relative à des portes à battants. ATF 10 février 1971 97 II 85, JdT 1971 p. 611. Voir aussi ATF 28 juin 1966 92 II 280 où le Tribunal fédéral déclare à propos de l'imitation d'un procédé de production de dépôts galvaniques d'alliage or-argent, que la solution de l'imitateur « appliquait intégralement le principe général à la base du brevet ».

⁶³⁴ La distinction opérée par Joseph Kohler entre équivalents au sens large et équivalents au sens étroit revient à dissocier le domaine de l'équivalence de celui de l'idée inventive plus générale. Selon Kohler l'équivalence au sens étroit concerne le moyen pris individuellement alors que l'équivalence au sens large se rapporte à l'idée de solution globale. Pour reprendre une image de Kohler, il y a plusieurs façons de se rendre d'un point A à un point B ; on peut prendre une même route et utiliser des moyens de locomotion différents — voiture, bicyclette — ; nous serions alors dans le domaine de l'équivalence au sens étroit. Si en revanche on prend deux routes différentes, l'une passant sous une montagne, l'autre passant sur cette dernière, on se trouve dans le domaine de l'équivalence au sens large. Kohler Handbuch, *op. cit.*, p. 155. La terminologie de Kohler n'est plus utilisée dans le droit positif allemand. Elle semble toutefois avoir trouvé une terre d'adoption en Italie. Voir notamment Ett. Luzzato : Teoria, p. 105 ; *id.* : Idea di soluzione..., p. 26.

dans l'interprétation du brevet. Aux concepts d'équivalents techniques — *funktionsgleiche Mitteln* —, d'équivalents au point de vue du brevet en cause — *funktionsgleichwertige Mitteln* — et d'idée inventive plus générale — *allgemeinere Erfindungsgedanke* — vont correspondre trois degrés d'abstraction dans la formulation de la règle technique. Avec les équivalents techniques on reste sur le terrain du concret. Pour sanctionner la violation du brevet, le juge n'a même pas à rechercher l'idée de solution car la fonction des moyens échangés était connue indépendamment de l'invention en question⁶³⁵. Avec les équivalents au point de vue du brevet en cause, le juge va s'élever d'un degré dans l'abstraction avant de pouvoir conclure à l'utilisation illicite de l'invention. Le juge devra en effet se demander s'il existe un dénominateur commun à chacun des moyens échangés. Il faudra donc qu'il se détache de la structure corporelle des moyens — tamis, essoreuse — pour se fixer sur leur fonction — déshumidification d'une substance —. Enfin avec l'idée inventive plus générale, le juge franchit un nouveau degré dans l'abstraction. Il ne s'agira plus de trouver un dénominateur commun à deux moyens différents mais à deux idées différentes de solution. En comparant deux combinaisons présentant un nombre inégal d'éléments, le juge cherchera à abstraire un principe général qui puisse les recouvrir⁶³⁶.

Les différentes zones de protection du brevet peuvent être maintenant définies selon les principes qui viennent d'être dégagés. Si l'on admet que l'objet de l'invention doit être clairement énoncé dans l'exposé du brevet — la revendication — il faut alors y faire figurer sans autre les équivalents techniques. L'équivalence des moyens étant connue de l'homme de métier indépendamment de la divulgation de l'invention, toutes les formes d'exécution qui utilisent des équivalents techniques pourront être déterminées par avance⁶³⁷. En revanche, les formes d'exécution qui emploieraient des équivalents « au point de vue du brevet en cause » ou qui reproduiraient l'idée inventive plus générale ne peuvent être identifiées avant que ne survienne une atteinte aux droits du breveté. L'abstraction, qu'elle se situe au niveau de l'idée de solution ou à celui de l'idée inventive plus générale, résulte toujours de la comparaison de deux entités plus concrètes : elle n'est dès lors possible que si ces entités existent effectivement. Le domaine de l'équivalence au point de vue du brevet en cause, de même que celui de l'idée inventive plus générale, doivent pour cette raison être intégrés à l'aire

⁶³⁵ Naturellement si la fonction des moyens échangés n'est pas leur fonction typique, on tombe alors dans le cas de l'équivalence au point de vue du brevet en cause.

⁶³⁶ Sur les différents stades de l'interprétation du brevet voir Schramm : *Die Patentverletzungsprozess*, p. 120 et suiv.

⁶³⁷ *Prima Facie-Offenbarung* de l'invention ; voir Reimer, *op. cit.* ad § 6. Anm. 21, p. 292.

de protection conférée par le brevet, qualifiée par certains auteurs de secteur de défense. Les contours de cette zone ne peuvent être délimités une fois pour toutes dès l'octroi du brevet. Ils vont se dessiner au fur et à mesure des violations enregistrées⁶³⁸.

§ 3. LA PORTÉE DE L'IDÉE INVENTIVE : BREVETS DE PRINCIPE, BREVETS DE PIONNIERS, BREVETS DE CONSTRUCTION.

94. En appliquant la doctrine des équivalents⁶³⁹, en recherchant l'idée inventive⁶⁴⁰ plus générale, le juge va pouvoir à partir de formes concrètes remonter à l'idée qui est au cœur de l'invention. Il ne faudrait

⁶³⁸ Seconda Facie-Offenbarung de l'invention ; voir Reimer, *op. cit.* ad § 6. Anm. 21, p. 293. Le droit positif allemand scinde le domaine de l'équivalence au point de vue du brevet en cause ; les équivalents évidents figurent dans l'objet de l'invention alors que les équivalents non évidents sont rattachés à l'aire de protection — Dreiteilungslehre —. Pour une critique de cette conception, voir Schramm : Der Patentverletzungsprozess, p. 132. MM. Blum et Pedrazzini attribuent tout le domaine de l'équivalence dans l'objet de l'invention — sachlicher Geltungsbereich — Blum et Pedrazzini, *op. cit.*, vol. III ad Art. 51, Anm. 8, p. 167. Cette conception paraît contredire le concept même de l'objet de l'invention : si celui-ci doit être clairement défini dès l'octroi du brevet, on ne peut y faire tomber les équivalents au point de vue du brevet en cause, car cette classe d'équivalents n'est déterminable qu'après la survenance d'une atteinte au droit du breveté.

⁶³⁹ La doctrine des équivalents est connue de presque tous les systèmes de droit positif.

Pour la Suisse : voir Blum et Pedrazzini, *op. cit.*, vol. III ad Art. 51. Anm. 7 et suiv., p. 155 et suiv.

Pour la France : voir Casalunga, *op. cit.*, vol. I, p. 64 et suiv. ; vol. II, p. 35 et suiv. Roubier, *op. cit.*, vol. II, p. 78 et suiv. Valancogne, *op. cit.*, p. 62 et suiv. Dans la jurisprudence, voir Cass. 11 janvier 1901. Ann. 1903, p. 268. Cass. 9 février 1921. Anm. 1921, p. 139. Seine 6 mars 1950. Anm. 1951, p. 152. Cour de Paris 16 février 1966. Anm. 1966, p. 116.

Pour l'Italie : voir Ghiron, *op. cit.*, p. 81. Greco, *op. cit.*, p. 510. Ett. Luzzato : Teoria, p. 116 ; *id.* : Idea di soluzione... Franzosi, *op. cit.*, p. 234 et suiv. Pour la jurisprudence voir Cass. 20 octobre 1962. Riv. propr. int. e ind. 1963, p. 67 et suiv. Cass. 20 juillet 1957. Riv. propr. int. e ind. 1957, p. 69.

Pour la Belgique : voir van der Haeghen : Le droit intellectuel, p. 191 et suiv. ; *id.* : Les inventions mécaniques et la théorie des équivalents, p. 14 et suiv. Pour la jurisprudence voir Cour d'Appel Bruxelles 3 avril 1931. Ann. 1932, p. 15.

Pour les Etats-Unis : voir Walker, *op. cit.*, tome III, p. 1700 et suiv. M. G. Pugh : The doctrine of equivalents, asset or liability to the Drafters of Claims. JPOS 1961, vol. XVIII, p. 614.

⁶⁴⁰ L'art. 8 de la Convention de Strasbourg unifiant certaines règles du droit des brevets d'invention prévoit que les limites du monopole du breveté seront fixées par le contenu des revendications. Cette disposition paraît interdire une interprétation du brevet allant jusqu'à la recherche de l'idée inventive plus générale ; dans ce cas en effet, seule une partie des éléments figurant dans la revendication a été utilisée par le concurrent du breveté. Voir dans ce sens A. Spengler : Abschied vom allgemeinen Erfindungsgedanken. GRUR 1967, p. 390 et suiv.

toutefois pas croire que ces différentes méthodes d'interprétation conduisent sur le plan du droit positif à la reconnaissance du brevet de principe. Le brevet de principe est un brevet qui ne préconiserait aucune application pratique, qui se bornerait à énoncer une loi, une idée générale sans fournir les moyens pour la réaliser⁶⁴¹. Dans tous les ordres juridiques de tels brevets sont considérés comme nuls⁶⁴². Ni la doctrine des équivalents, ni le concept de l'idée inventive plus générale peuvent donc avoir pour effet d'en sanctionner la validité. Dans un cas comme dans l'autre, il s'agit toujours de déterminer quels peuvent être les points communs entre deux entités concrètes, deux formes d'exécution d'apparence extérieure distincte, qui utilisent des moyens différents et dont l'une se trouve protégée par un droit exclusif. Le recours à la doctrine des équivalents permettra de conclure à l'identité de ces deux entités lorsqu'on les considère sous l'angle de l'idée de solution que chacune d'elles renferme. Avec le concept de l'idée inventive plus générale, le caractère commun de ces formes d'exécution découlera de la règle de portée plus générale dont celles-ci procèdent. Dans ces deux hypothèses ce ne sont pas des principes théoriques sans utilisation pratique qui sont en cause mais bien des réalisations concrètes donnant des résultats immédiats sur le plan matériel⁶⁴³.

Cette précision nous amène à examiner la distinction opérée par la doctrine entre l'invention de pionnier et la construction. Selon la doctrine dominante, l'invention de pionnier s'entend d'une invention qui ouvre à la technique des voies nouvelles, qui se réalise dans un secteur

⁶⁴¹ Sur les brevets de principe voir notamment Fernand Jacq : Les brevets de principe et la question des équivalents, PI 1948, p. 31 et suiv. Roubier, *op. cit.*, vol. II, p. 87. Valancogne, *op. cit.*, p. 166 et suiv. Casalunga, vol. I, p. 68 et suiv. Reimer, *op. cit.* ad § 1. Anm. 2, p. 8 et suiv. Benkard, *op. cit.* ad § 1. Anm. 2, p. 78. Krause-Kathlun-Lindemaier, *op. cit.* ad § 1. Anm. 4, p. 38. Tetzner, *op. cit.* ad § 1. Anm. 22, p. 55 et suiv. Hubmann : Gewerblicher Rechtsschutz, p. 73 et suiv. Blum et Pedrazzini, *op. cit.* ad Art. 1. Anm. 1, p. 80. Troller : Immaterialgüterrecht, vol. I, p. 174 et suiv. Franzosi, *op. cit.*, p. 170. Van der Haeghen : Le droit intellectuel, p. 182. Walker, *op. cit.*, vol. I, p. 68 et suiv.

⁶⁴² Voir notamment Art. 17 ch. 3 de la loi française du 2 janvier 1968 et Art. 2585 du Code civil italien. En Allemagne, voir notamment RG 17 janvier 1939. Mitteilungen 1939, p. 112. BGH 17 décembre 1954. GRUR 1955, p. 386.

⁶⁴³ Dans ce sens M. Valancogne écrit que l'idée-mère — idée de solution — n'est jamais protégée pour elle-même mais qu'elle délimite les contours de la protection accordée par le brevet, c'est-à-dire le nombre des formes d'exécution qui vont tomber dans la zone d'exclusivité. Valancogne, *op. cit.*, p. 17, 19 et suiv. Il est vrai qu'en interprétant le brevet d'une manière trop extensive on en arrive à sanctionner la validité d'un brevet de principe. Toutefois la limite supérieure à toute généralisation de l'invention et partant aux nombres des formes d'exécution possibles est posée par la condition que l'homme de métier doit pouvoir réaliser ces dernières à partir de l'exposé du brevet sans faire preuve d'activité inventive. Si la généralisation est par trop poussée, l'invention devient un problème auquel il n'a pas été donné de solution. Voir note 641 *supra*. Voir aussi Schramm : Der Patentverletzungsprozess, p. 121. Voir enfin BGH 17 décembre 1954, GRUR 1955, p. 386 à propos de phénomènes d'optiques.

technique pratiquement inexploré. En revanche, la construction serait une invention dont la signification s'épuiserait dans le mode de réalisation indiqué dans le brevet. La portée d'une invention de cette nature se limiterait ainsi à l'exemple d'exécution exposé dans la forme de communication sans que l'on puisse abstraire de cette entité concrète une règle plus générale comportant d'autres variantes d'exécution⁶⁴⁴.

La distinction ne nous paraît pas convaincante : elle repose certes sur l'idée que l'inventeur doit être récompensé dans une mesure égale à l'enrichissement qu'il a procuré à la collectivité. Aux termes de ce postulat il paraît équitable de réserver à l'inventeur toutes les formes d'exécution qui résultent de son invention même lorsqu'il ne les a pas toutes expressément revendiquées. Inversement, le brevet ne doit pas avoir pour conséquence d'enlever à la collectivité un bien qui était déjà en sa possession. Il faudra donc interpréter le brevet restrictivement si la revendication est rédigée de telle manière qu'elle en arrive à couvrir des réalisations techniques appartenant déjà au domaine public. A cet égard le rôle de l'état de la technique à la date du dépôt de la demande se révèle primordial car c'est lui qui va déterminer dans quelle mesure une interprétation extensive du brevet est encore possible. La portée du brevet va donc être fonction de la distance qui sépare l'invention du champ des antériorités⁶⁴⁵. Plus profonde aura été la pénétration de l'inventeur dans le domaine de l'inconnu, plus la règle technique pourra être valorisée sous de multiples formes d'exécution. Par contre plus le domaine technique dans lequel s'est réalisé l'invention est avancé, plus la zone couverte par l'exclusivité sera restreinte. Nul ne contestera de la sorte qu'il puisse exister des inventions dont la portée est plus ou moins grande⁶⁴⁶.

En revanche, il nous semble difficile d'admettre que l'on ait encore affaire à une invention appartenant au genre des nouveautés techniques lorsque l'on se trouve en présence d'une construction. L'idée qu'un brevet puisse protéger une construction, c'est-à-dire une invention dont

⁶⁴⁴ Voir notamment Blum et Pedrazzini, *op. cit.*, vol. III ad Art. 51. Anm. 8, p. 162. Matter, *op. cit.*, p. 93 a. Reimer, *op. cit.* ad § 6. Anm. 48, p. 321. Isay, *op. cit.* ad § 4. Anm. 17, p. 213.

⁶⁴⁵ Blum et Pedrazzini, *op. cit.*, vol. III ad Art. 51. Anm. 8, p. 160. Roubier, *op. cit.*, vol. I, p. 336. Reimer, *op. cit.* ad § 6. Anm. 20, p. 291. Voir aussi ATF 27 février 1934 60 II 121 à propos d'une tétine pour biberon où le Tribunal fédéral refuse d'étendre la protection du brevet à une réalisation qui appartenait au moment du dépôt de la demande à l'état de la technique. Dans le même sens RG 12 novembre 1927. RGZ 119, p. 70, 74. RG 2 mars 1912. RGZ 79, p. 186 et suiv. BGH 14 juillet 1961. GRUR 1962, p. 29, 39.

⁶⁴⁶ Reimer, *op. cit.* ad § 6. Anm. 48, p. 321. Il faut préciser cependant que la portée d'une invention, le nombre de formes d'exécution qui en découlent, dépend moins de l'intensité de l'activité créatrice de l'inventeur, de l'originalité de l'idée que du degré d'avancement du domaine technique où elle s'accomplit. Voir dans ce sens, Isay, *op. cit.* ad Art 4. Anm. 16, p. 212. Blum et Pedrazzini, *op. cit.* ad Art. 1. Anm. 24, p. 132. Troller : Immaterialgüterrecht, vol. I, p. 193.

la portée aurait été réduite, en raison de l'état de la technique, à une seule forme d'exécution, à la structure visible de l'entité qui l'objective matériellement nous paraît quelque peu paradoxale⁶⁴⁷. En réalité, le brevet de construction est une notion typiquement allemande dont la signification est liée aux règles de répartition des compétences entre l'office des brevets et les tribunaux ordinaires. On sait en effet que sous l'empire de l'ancienne pratique allemande — *Zweiteilungslehre* — les tribunaux ordinaires ne pouvaient revoir dans un procès en violation du brevet la décision de l'office concernant la définition de l'objet de l'invention. Ils étaient libres en revanche de déterminer dans chaque cas particulier l'aire de protection conférée par le brevet. Or la copie servile d'une invention brevetée est une hypothèse rarissime. En règle générale les concurrents du breveté feront en sorte d'utiliser des moyens non pas identiques mais équivalents à ceux figurant dans la revendication. Les réalisations concrètes en présence — la représentation de l'invention dans l'exposé du brevet et la forme d'exécution émanant du contrefacteur — procéderont ainsi de la même idée de solution. Le problème de la répartition des compétences entre l'office des brevets et les tribunaux ordinaires va se poser lorsque dans un procès en violation du brevet, le défendeur soulève l'exception du libre état de la technique — *Einrede der freien Stand der Technik* — et qu'il obtient gain de cause sur ce point. Dans cette hypothèse l'idée de solution ne peut être protégée puisqu'elle appartient à l'état de la technique arrêté à la date du dépôt de la demande. Toutefois le juge n'est pas compétent pour prononcer la nullité du brevet car il reste lié par la décision de l'office : il doit toutefois réduire la portée du brevet à l'objet de l'invention, c'est-à-dire sous l'empire de la division bipartite⁶⁴⁸ à la lettre même de la revendication. La zone d'exclusivité réservée au breveté sera ainsi limitée à la forme d'exécution telle qu'elle est concrètement représentée

⁶⁴⁷ Cela d'autant plus que la construction matérielle est une partie composante de l'invention. Voir *supra* n° 39 et suiv. Sur les différentes significations du terme « construction » voir *supra* note 175, chap. I.

⁶⁴⁸ Nous sommes partis de la division bipartite car celle-ci est plus facile à comprendre que la division tripartite. Selon cette dernière doctrine, actuellement en vigueur en droit positif allemand, les règles de répartition de compétence sont les suivantes : les tribunaux ordinaires sont liés par la décision de l'office des brevets fixant l'objet immédiat de l'invention. Ils n'ont donc pas à examiner, dans une action en violation du brevet, si celui-ci est nouveau, s'il possède le niveau inventif et s'il constitue un progrès technique. En ce qui concerne l'objet de l'invention, seule la condition de nouveauté peut être revue par les tribunaux ordinaires. Si elle fait défaut, les juges réduiront la portée du brevet à l'objet immédiat de l'invention. Les juges ordinaires sont par contre liés par la décision de l'office des brevets pour ce qui a trait au progrès technique et au niveau inventif. Enfin, si le breveté allègue que la réalisation du tiers utilise l'idée inventive plus générale, les juges devront examiner les trois conditions de brevetabilité. Voir la jurisprudence citée par Reimer, *op. cit.* ad § 6. Anm. 15, p. 282. Voir aussi Lindenmaier : *Der Schutzzumfang des Patents nach der neueren Rechtsprechung*. GRUR 1944, p. 50.

dans l'exposé du brevet⁶⁴⁹. Toute réalisation technique qui utiliserait des moyens équivalents de ceux décrits dans la forme de communication ne tombera donc pas sous le coup du brevet. La valeur d'un brevet de ce genre, désigné en Allemagne sous le terme de « Konstruktionspatent » est absolument nulle puisqu'il ne porte en réalité que sur la structure visible du dispositif breveté, c'est-à-dire sur la forme, le nombre et la disposition dans l'espace de ses organes. La protection qu'il confère est illusoire et il suffira aux tiers d'apporter des modifications de détails pour échapper au monopole du breveté. M. Stark a qualifié avec pertinence ce type de brevets de « Scheinpatent »⁶⁵⁰.

Si en Allemagne le droit maintient en vie les brevets de construction, c'est uniquement pour des motifs de nature procédurale. Or ces mêmes motifs n'existent pas dans les pays qui ne connaissent par la procédure de l'examen préalable ou qui, s'ils la connaissent, appliquent des règles de répartition de compétence entre l'office des brevets et les tribunaux ordinaires, différentes de celles en vigueur en Allemagne. Dans ces pays, l'exception du libre état de la technique devrait conduire sans autre à la nullité du brevet. Toutefois dans les systèmes juridiques qui conservent une vision statique du phénomène inventif, cette conclusion ne paraît pas s'être imposée. Ainsi en France, certains auteurs opèrent, à propos de l'équivalence, une distinction selon que l'idée mère — idée de solution — était connue ou non au jour du dépôt de la demande⁶⁵¹. Pour cette doctrine, lorsque l'idée est inconnue, le brevet protège la fonction des moyens représentés dans le texte du brevet ; la substitution d'un moyen par un autre qui lui est équivalent ne supprime pas l'atteinte aux droits du breveté. En revanche, si l'idée mère était connue le brevet est limité au mode de réalisation particulier, c'est-à-dire aux moyens tels qu'ils ont été concrètement indiqués dans l'exposé du brevet. M. Valancogne, s'appuyant sur une nombreuse jurisprudence, écrit en effet « que la protection accordée au brevet, quand l'idée est connue, est une protection de structure⁶⁵². Or cette « protection de structure » contredit la nature de l'invention car elle met l'accent sur les moyens considérés pour eux-mêmes, dans un moment statique, et non pour la fonction qu'ils exercent⁶⁵³. En fait cette protection de « structure »

⁶⁴⁹ Voir notamment : RG 10 février 1932, RGZ 135, p. 145. 20 mai 1933, RGZ 140, p. 396. 7 janvier 1938, RGZ 157, p. 154. 19 décembre 1938, GRUR 1939, p. 533.

⁶⁵⁰ Stark : Das Konstruktionspatent. GRUR 1932, p. 1078. Dans le même sens H. Isay : Patente ohne Erfindungsgedanke und ihre Behandlung. GRUR 1933, p. 97 et suiv. Heydt : Die Einrede der freien Technik insbesondere die Patenterschleichung. GRUR 1934, p. 95.

⁶⁵¹ Notamment Valancogne, *op. cit.*, p. 90.

⁶⁵² Valancogne, *op. cit.*, p. 91.

⁶⁵³ Voir dans ce sens van der Haeghen : Les inventions mécaniques et le principe des équivalents, p. 74. Il ne faut pas perdre de vue que même dans une invention de portée modeste, c'est toujours l'idée de solution, la fonction des moyens et non les moyens pris en eux-mêmes qui sont protégés. Ainsi l'em-

conduit à une protection de l'apparence extérieure du dispositif breveté. Nous quittons alors le domaine des inventions techniques pour pénétrer dans un autre secteur de la propriété intellectuelle dont il sera question dans la seconde partie de ce travail. Il nous suffira ici de conclure que lorsque la protection conférée par le brevet se limite à une forme concrète, à un exemple d'exécution sans qu'il soit possible de tirer de celui-ci une règle abstraite susceptible de couvrir plusieurs variantes d'exécution, le régime applicable ne devrait plus être celui des brevets d'invention⁶⁵⁴.

CONCLUSION.

95. Nous sommes arrivés au terme de cette étude du rôle de l'idée et de la forme dans le droit de la propriété intellectuelle. Nous avons pu constater que la présence de ces deux éléments se révèle indispensable dans toute création intellectuelle quel que soit le domaine où elle s'accomplit. Cette proposition, qui paraît évidente dans le droit des brevets d'invention, vaut également pour le droit d'auteur : l'œuvre constitue en effet la mise en forme, la représentation concrète d'abstractions que l'auteur a traduites en images pour les communiquer au monde extérieur. L'idée devient objet de la représentation, contenu de l'expression. Le rôle de la forme est non moins évident dans nos deux domaines car c'est elle qui va extérioriser dans la réalité la pensée du créateur. Si l'idée et la forme apparaissent comme des parties composantes de toute réalisation intellectuelle, le traitement juridique qui leur est réservé diffère selon le régime auquel cette dernière est soumise. L'idée, le germe et la matière brute de la représentation esthétique échappent à l'emprise du droit d'auteur. La protection ne vise que les éléments formants de l'œuvre qui, par rapport au contenu exprimé, doivent présenter une certaine indépendance. La forme est ainsi protégée pour elle-même, sans

brayage est une fonction connue ; si on protège encore aujourd'hui des dispositifs d'embrayage, il ne s'agit cependant pas d'une protection de structure : le nouveau dispositif d'embrayage peut mettre en valeur une nouvelle fonction, dépendante de la fonction principale, par exemple une nouvelle manière de commander un coin de serrage dont le déplacement réalise l'embrayage. Des moyens équivalents à ceux indiqués par l'inventeur tomberont donc dans la zone d'exclusivité réservée au breveté. Voir van der Haeghen, p. 91.

⁶⁵⁴ Il se peut cependant que l'idée de solution ne puisse être réalisée que dans une seule forme. La forme est alors dite nécessaire. Toutefois c'est toujours l'idée de solution qui est au premier plan. Voir dans ce sens Bonasi-Benucci, *op. cit.*, p. 299 et suiv. Les cas de formes nécessaires sont extrêmement rares. On peut citer la forme du fuselage d'un avion — aérodynamisme — la forme de l'hélice, etc. Dans un arrêt du 1^{er} juin 1932 paru aux ATF 58 II 266, JdT 1933 p. 536 le Tribunal fédéral avait déclaré protégeable la forme biseautée de bobines : toutefois cette forme en biseau était intégrée dans un système d'embrayage. La protection ne visait pas la forme de la bobine en tant que telle mais la fonction qu'elle exerçait à l'intérieur du système d'embrayage.

égard à la valeur de l'idée qu'elle représente. Le droit d'auteur la considère comme une fin en soi. En revanche, dans le droit des brevets d'invention, la forme est un moyen qui permet soit de communiquer l'idée technique, — forme de communication —, soit de la réaliser pour produire un résultat utile — forme d'exécution —. La forme est donc totalement dépendante de l'idée, et cela que ce soit dans le moment de la représentation ou dans celui de l'application de l'idée. Elle n'a donc qu'une valeur instrumentale.

Le principe qui assimile le droit des brevets d'invention à une protection de l'idée, le droit d'auteur à une protection de la forme paraît donc légitime encore qu'il convienne de le nuancer quelque peu. L'idée n'est jamais protégeable directement ; elle ne peut l'être qu'au travers d'une manifestation concrète. Lorsque l'on oppose la protection de la forme à celle de l'idée, cela signifie en réalité que dans un cas le juge devra s'en tenir aux éléments immédiatement reconnaissables alors que dans l'autre il pourra s'en détacher. Dans le régime du droit d'auteur, l'œuvre protégée coïncide avec ses éléments formants : tout ce qui est extérieur à l'œuvre concrètement réalisée, tout ce qui en a été abstrait par le travail de notre intelligence échappe à l'emprise du régime. Par contre dans le droit des brevets d'invention, la protection peut s'étendre à toutes les réalisations qui concrétisent la même idée : ici l'abstraction est possible, là elle est interdite.

DEUXIÈME PARTIE

DÉFINITION D'UN RÉGIME JURIDIQUE
APPLICABLE AUX CRÉATIONS DE FORMES
D'OBJETS INDUSTRIELS

96. Dans la première partie de cet ouvrage, nous avons poursuivi deux objectifs : nous avons cherché d'une part à définir les caractéristiques respectives du droit d'auteur et du droit des brevets d'invention et d'autre part à déterminer les conditions — nouveauté, originalité — qui traduisent sur le plan juridique le phénomène de la création. Nous pouvons maintenant aborder l'étude spécifique du statut légal applicable aux créations de forme d'objets industriels. Les considérations qui ont été développées tout au long de cette partie générale vont en effet nous permettre de trancher l'alternative suivante : soit rattacher ce genre de manifestations de l'activité intellectuelle à l'un ou l'autre de ces régimes, soit les soumettre à un système de normes protectrices autonomes.

On sait que dans la plupart des ordres juridiques, le droit positif ne considère pas les créations de forme d'objets industriels comme une catégorie homogène de productions intellectuelles mais qu'il distingue les formes ornementales qui produisent un effet esthétique, de celles qui visent un avantage pratique, qui entraînent un effet utile¹. En admettant comme hypothèse de travail, toute provisoire du reste, que cette discrimination est légitime, la première question que nous allons tenter de résoudre est celle de savoir si les formes dont l'effet se situe sur le plan de l'utilité matérielle, correspondent à un genre bien déterminé de produits de l'activité intellectuelle et dont la protection doit être assurée par une institution juridique appropriée. C'est tout le problème des rapports existant entre le régime des brevets d'invention et le droit des modèles d'utilité qui se trouve posé. Il faudra ensuite nous attacher à l'aspect ornemental de la forme et identifier les éléments susceptibles de la distinguer des productions relevant du régime du droit d'auteur ou de l'y assimiler. Enfin nous devrons nous prononcer sur l'opportunité de la distinction établie par le droit positif entre les formes ornementales et les formes utiles. Cette seconde partie sera donc divisée en trois chapitres :

Chapitre I : Le modèle d'utilité : institution autonome ou partie intégrante du régime des brevets d'invention.

Chapitre II : La délimitation du champ d'application du régime des dessins et modèles envers celui du droit d'auteur.

Chapitre III : L'incidence de la nature de l'effet lié à la forme sur la définition du bien protégé par le régime des dessins et modèles.

¹ Voir Introduction, *supra* n° 2 et suiv.

CHAPITRE PREMIER

LE MODÈLE D'UTILITÉ : INSTITUTION AUTONOME OU PARTIE INTÉGRANTE DU RÉGIME DES BREVETS D'INVENTION

Section I :

NOTIONS GÉNÉRALES

§ 1. IMPORTANCE DU PROBLÈME.

97. Toute la matière des dessins et modèles industriels paraît marquée par l'antinomie traditionnelle du Beau et de l'Utile. Ainsi dans la plupart des ordres juridiques qui assurent la protection des formes d'objets industriels par un régime spécial, le législateur a exclu de la sphère d'application de la loi, les créations de forme qui entraînent un effet sur le plan de l'utilité matérielle. Dans cette perspective seules les formes qui produisent un effet esthétique indépendamment de l'obtention d'un avantage pratique quelconque, bénéficient en théorie de la protection légale. Par exemple, la loi fédérale sur les dessins et modèles du 30 mars 1900 prévoit à son article 3 que « la protection accordée par la présente loi ne s'applique pas aux procédés de fabrication, à l'utilisation ou à l'effet technique de l'objet fabriqué sur le type de dessin ou de modèle protégé »². Selon les travaux préparatoires cette disposition « placerait clairement hors de la portée de la loi ce que la loi allemande appelle les « modèles d'utilité »³. Dans une jurisprudence constante le Tribunal fédéral a pu ainsi annuler le dépôt au registre des dessins et modèles, d'objets dont la forme extérieure ne s'adressait pas exclusivement au goût et ne répondait pas à des pré-

² En ce qui concerne les ordres juridiques étrangers, voir notamment Art. 2 al. 3 de la loi française du 14 juillet 1909 sur les dessins et modèles et Sect (5) de la loi anglaise sur les dessins industriels — Registered Design Act de 1949.

³ Message du Conseil fédéral. FF. 1899, vol. IV, p. 908.

occupations esthétiques⁴. De l'avis de nombreux spécialistes de la propriété intellectuelle, la jurisprudence du Tribunal fédéral consacrait ainsi l'existence d'une lacune sur le plan législatif puisque les modèles d'utilité se trouvaient dénués de toute protection. Cette question devint alors le centre des préoccupations des juristes et des milieux industriels suisses⁵.

Il n'entre pas dans nos propos d'examiner si l'exclusive prononcée par le Tribunal fédéral contre les modèles d'utilité crée une lacune et dans quelle mesure il conviendrait d'y remédier ; la doctrine s'est en effet, à de nombreuses reprises, penchée sur ce problème⁶. Les conclusions auxquelles ces travaux ont abouti manifestent du reste des oppositions fondamentales. Certains auteurs considèrent que la loi sur les dessins et modèles doit régir toutes les créations de forme d'objets industriels, y compris les modèles d'utilité⁷. D'autres auteurs préconisent l'introduction en Suisse d'une loi spéciale sur les modèles d'utilité à l'instar du droit allemand⁸. D'autres enfin voudraient appliquer aux formes utilitaires le régime des brevets d'invention⁹. Ces opinions si divergentes soient-elles partent toutes d'un même apriorisme, d'une même pétition de principe, à savoir que le modèle d'utilité recouvre une réalité, qu'il correspond à un genre bien déterminé de manifestations de l'activité intellectuelle. De ce fait elles ne paraissent pas aborder véritablement le fond du problème.

Le modèle d'utilité est une institution étrangère. Née en Allemagne elle a été successivement adoptée par la Pologne, l'Italie, l'Espagne et le Japon. Lorsqu'une institution d'origine étrangère est analysée dans

⁴ ATF 9 juillet 1929 55 II 224, JdT 1930 p. 91. Voir aussi ATF 30 sept. 1969 95 II 470, JdT 1970 p. 626 ; 4 oct. 1966 92 II 202 ; 21 mars 1961 87 II 43 ; 17 décembre 1957 83 II 475 ; 2 avril 1945 71 I 135 ; 30 novembre 1943 69 II 421 ; 4 oct. 1913, SJ 1914 p. 84 ; 29 mars 1912 38 II 311 ; 16 déc. 1911, JdT 1912 p. 294 ; 15 oct. 1909 35 II 672, JdT 1910 p. 214.

⁵ Elle fut mise à l'ordre du jour d'une assemblée de la Société suisse des juristes tenue à Zoug en 1934. Le sujet n'a du reste rien perdu de son actualité : au sein du groupe suisse de l'AIPPI une commission s'est constituée, sous la présidence du professeur Martin-Achard, et qui a pour tâche de présenter des recommandations en vue de l'élaboration d'une loi future.

⁶ Voir notamment Ed. von Waldkirch : Die Wünschbarkeit gesetzlicher Bestimmungen über Gebrauchsmuster. ZSR (NF), n° 53 (1934), p. 147 a et suiv. A. Martin-Achard : Y a-t-il lieu d'étendre la protection légale aux modèles d'utilité ? ZSR (NF) 1934, vol. 53, p. 208 a et suiv. T. Perrin : Considérations sur le régime légal des dessins et modèles industriels en Suisse : Recueil de travaux offerts par la faculté de droit de Neuchâtel à la Société suisse des juristes ; *id.* : Dans les méandres de la propriété intellectuelle. Paris 1938, p. 16 et suiv. F. Bircher : Die Voraussetzungen des Erfindungsschutzes, insbesondere des Schutzes der kleinen Erfindungen in Deutschland und in der Schweiz. Zürich 1929. A. Nickbaht-Djordani : De la protection des petites inventions. Genève 1951. O. Bürgi : Der Schutz der Gebrauchsmustern in der Schweiz. Zürich 1957.

⁷ E. von Waldkirch, *op. cit.* A. Martin-Achard, *op. cit.* Bürgi, *op. cit.*

⁸ Bircher, *op. cit.*

⁹ Nickbaht-Djordani, *op. cit.*

un autre ordre juridique, le débat se limite souvent à la donnée conceptuelle. Ainsi en Suisse la doctrine, dans sa grande majorité¹⁰, et la jurisprudence¹¹ considèrent comme un point acquis que l'objet protégé par le droit des modèles d'utilité est une création de forme, c'est-à-dire une production intellectuelle qui porte sur l'aspect extérieur d'un produit : à la différence des modèles dits d'ornement qui agissent sur le goût du spectateur, la réalisation doit contribuer à augmenter la performance de l'objet et viser ainsi un but exclusivement pratique¹². Cette définition ne résout de loin pas tous les problèmes qui se rattachent à la catégorie des modèles d'utilité. Sur quel élément de la création faudra-t-il asseoir les conditions de nouveauté et d'originalité ? Dans quelle mesure doit-on prendre en considération l'effet utile de la forme pour déterminer l'une ou l'autre de ces conditions ? Enfin et surtout comment distinguer ces réalisations des règles techniques susceptibles de faire l'objet d'un brevet d'invention¹³. Ces questions restent sans réponse si l'on s'en tient à une définition sommaire qui, en opposant la fonction esthétique à la fonction utilitaire du modèle, n'exprime que l'apparence des choses et non leur essence profonde. Pour cette raison, il paraît exclu de vouloir soumettre a priori les modèles d'utilité à tel groupe de normes plutôt qu'à tel autre avant d'avoir examiné les réalités que cette institution est supposée recouvrir. On s'exposerait en effet au risque soit de multiplier inutilement les régimes juridiques applicables aux biens immatériels, soit d'assujettir à un régime donné des manifestations intellectuelles dont les caractères essentiels contrediraient les fondements même dudit régime. Pour résoudre les problèmes qui viennent d'être soulevés, il convient donc avant toute chose d'analyser l'institution du modèle d'utilité dans les pays qui la connaissent. Nous nous proposons dans les pages qui vont suivre d'exposer quelques principes généraux du droit des modèles d'utilité dans les ordres juridiques allemand et italien. L'étude n'a pas la prétention d'être exhaustive ; elle doit seulement nous permettre de nous prononcer sur la réalité ou au contraire sur le caractère artificiel de la catégorie juridique des modèles d'utilité.

¹⁰ Voir auteurs cités sous note 6. Voir aussi Dürr : Loi fédérale sur les dessins et modèles industriels. Berne 1951, p. 6. Troller : Immaterialgüterrecht, vol. I, p. 520 et suiv. E. Guyer : Das schweizerische Bundesgesetz betreffend die gewerblichen Muster und Modelle. Zürich 1902. H. Secrétan : La protection des dessins et modèles industriels et des œuvres d'art appliqué aux Etats-Unis et en Suisse. Lausanne 1964, p. 74 et suiv.

¹¹ ATF 9 juin 1937 63 II 271, JdT 1938 p. 43, « le droit des modèles d'utilité s'occupe de la forme des objets usuels : il a simplement pour objet les éléments de forme qui augmentent la valeur d'usage d'une chose ».

¹² Dans le même sens, voir pour la doctrine française M.-A. Perot-Morel, *op. cit.*, p. 71, 91.

¹³ Voir à cet égard les considérations développées par Iklé : Rechtsschutz der kleinen Erfindungen und der Gebrauchsmuster (Gebrauchsmodelle). Mitt. 1945, p. 201, 213.

§ 2. APERÇU HISTORIQUE.

98. Si l'Allemagne doit être considérée comme le pays d'origine du modèle d'utilité, c'est pourtant en Angleterre que l'institution est mentionnée pour la première fois dans un texte légal. Alors que la loi sur les dessins industriels de 1842 — *industrial design Act* — ne protégeait que les dessins destinés à orner un produit industriel, la loi de 1843 incluait dans son champ d'application les « dessins nouveaux et originaux en relation avec une certaine fin utilitaire ». La distinction entre les dessins ornementaux — *ornamental designs* — et les dessins utiles — *useful designs* — fut toutefois abandonnée dans la loi de 1883. Depuis cette date, le régime anglais des dessins et modèles protège toutes les créations de forme d'objets industriels quelle que soit la nature de l'effet qui en résulte¹⁴.

C'est le 11 janvier 1876 que fut promulguée en Allemagne la loi actuellement en vigueur sur les dessins et modèles industriels. Dans un arrêt du 3 septembre 1878, le *Reichsoberhandelsgericht* interprétait restrictivement ce texte légal en excluant de sa portée les modèles qui n'étaient pas destinés à stimuler le goût des acheteurs, qui laissaient leur sens esthétique indifférent et dont les contours étaient exclusivement commandés par des impératifs fonctionnels ou techniques. Ainsi fut marquée pour la première fois en Allemagne l'opposition entre les modèles de goût — *Geschmacksmuster* — et les modèles d'utilité — *Gebrauchsmuster* —. Selon le *Reichsoberhandelsgericht*, l'originalité du modèle d'utilité ne résidait pas dans la forme de l'objet considérée pour elle-même mais dans le lien établi par cette dernière avec le but auquel l'objet devait servir. De tels modèles, estimait le *Reichsoberhandelsgericht*, relevaient par conséquent du domaine des inventions techniques car la configuration était ici inséparable de l'idée technique qu'elle concrétisait¹⁵. Comme nous le verrons, ces considérations gardent aujourd'hui encore toute leur valeur.

Toutefois l'expérience démontra assez rapidement que le modèle d'utilité ainsi caractérisé par le *Reichsoberhandelsgericht* s'adaptait mal aux exigences posées par le régime des brevets d'invention. La lenteur de la procédure de l'examen préalable, la longue durée de protection, les annuités assez élevées ne cadraient pas avec le caractère éphémère et la valeur économique relativement faible de ces productions. Les industriels cherchèrent alors à protéger leurs innovations par le biais

¹⁴ Voir E. Lewis : *The law of Copyright in designs*. Londres 1885, p. 8, 14 et suiv. A. Russel-Clarke : *Copyright in industrial designs*. Londres 1968, p. 4 et suiv. Sur le traitement juridique des formes dites utilitaires en droit anglais voir *infra* n° 152.

¹⁵ Sur la décision du *Reichsoberhandelsgericht* voir Lutter-Elster : *Patentgesetz und Gebrauchsmustergesetz*. Berlin-Leipzig 1936, p. 485 et suiv.

du droit des dessins et modèles industriels, ce qui conduisit à l'annulation par les tribunaux d'un certain nombre de dépôts¹⁶. Le législateur allemand crût mettre fin à cette situation peu satisfaisante en promulguant la loi du 6 juin 1891 sur les modèles d'utilité. L'article 1^{er} définissait l'objet protégé par le régime et déclarait :

« sont protégés conformément à la présente loi comme modèles d'utilité les modèles d'instruments de travail ou d'objets d'emploi pratique ou leurs parties qui, par une configuration, une disposition ou un dispositif nouveau sont destinés à servir à ce but de travail ou d'emploi »¹⁷.

Désormais les créations de la technique ne constituaient plus un genre unique mais se subdivisaient en deux catégories, dont une, celle des règles techniques, était soumise au régime des brevets d'invention ; l'autre, celle des formes techniques — configuration, disposition ou dispositif — relevait du régime des modèles d'utilité. Cette nouvelle institution venait ainsi s'intercaler entre les domaines respectivement couverts par le droit des modèles d'ornement et par celui des brevets d'invention. L'exposé des motifs de la loi du 6 juin 1891 reconnaissait toutefois qu'il n'existait pas de frontières bien définies entre ces différents systèmes de protection¹⁸. Au départ, le modèle d'utilité paraissait être une institution mal définie.

Si l'on se tourne maintenant vers le droit italien, on constate que la loi est tout aussi peu explicite : les dispositions légales relatives au modèle d'utilité semblent avoir été calquées sur leurs homologues allemands ainsi qu'en témoigne la rédaction de l'article 2 du décret royal italien du 25 août 1940 « contenant les dispositions législatives relatives au brevet pour modèles industriels ». Cette disposition prévoit que :

« peuvent faire l'objet d'un modèle d'utilité, les modèles nouveaux propres à conférer à des machines ou parties de machines, à des instruments, ustensiles ou objets d'usage en général, une efficacité ou une facilité d'application ou d'emploi particulier tels que les

¹⁶ Busse : *Probleme des Gebrauchsmusterrechts*. GRUR 1952, p. 123 et suiv.

¹⁷ Avec la révision du 5 mai 1936 le terme « modèle » disparut de l'article premier. Dans sa version actuelle l'article premier se lit comme suit : « Arbeitsgerätschaft oder Gebrauchsgegenstände oder Teile davon werden insoweit als Gebrauchsmuster nach diesem Gesetz geschützt, als sie dem Arbeits- oder Gebrauchszweck durch eine neue Gestaltung, Anordnung oder Vorrichtung dienen sollen. »

¹⁸ Sur l'exposé des motifs voir notamment Schanze : *Zum Begriff des Gebrauchsmusters*. GRUR 1900, p. 242 ; et Reimer : *Patentgesetz-Gebrauchsmustergesetz*. Cologne-Berlin-Bonn-Münich 1968. *Gebrauchsmustergesetz Vorbemerkungen*, p. 1821.

modèles nouveaux consistant en une conformation, disposition, configuration ou combinaison particulière de parties »¹⁹.

L'objet protégé par le régime des modèles d'utilité est donc défini d'une manière analogue dans les ordres juridiques allemand et italien. Autre point commun, chacun d'eux autorise le dépôt simultané d'une demande de brevet d'invention et d'un modèle d'utilité, ce dernier n'étant pris en considération que si la demande de brevet est totalement ou partiellement écartée — *Hilfsgebrauchsmuster* —²⁰. Mais les deux systèmes marquent également certaines différences. Ainsi le droit allemand a choisi de faire figurer dans deux lois différentes les normes respectivement applicables aux modèles d'ornement et aux modèles d'utilité. En droit italien, l'opposition paraît quelque peu atténuée puisque ces deux types de modèles sont régis par un texte unique, le décret royal du 25 août 1940²¹. Il faut aussi relever que dans le système italien la protection des formes dites utilitaires était assurée, avant la promulgation dudit décret, par la loi de 1868 sur les dessins et modèles industriels. Sous l'empire de cette dernière, la forme originale d'un produit bénéficiait de la protection légale sans considération aucune de l'effet que celle-ci provoquait dans la réalité extérieure²². La précision est importante car elle situe la place du modèle d'utilité dans chacune des législations. En Allemagne, depuis la décision du *Reichsoberhandelsgericht*, l'institution est exclue du régime des dessins et modèles alors qu'en Italie elle continue à en faire partie, le décret royal du 25 août 1940 précisant, à la différence de la loi de 1868, les caractéristiques des formes qui peuvent se prévaloir de ce régime. Malgré la similitude des définitions, l'Allemagne et l'Italie envisagent donc le modèle d'utilité dans une optique qui paraît différente²³.

¹⁹ « Possono costituire oggetto di brevetto per modello di utilità, i nuovi modelli atti a conferire particolare efficacia o comodità di applicazione o d'impiego a machine, o parti di esse, strumenti, utensili od oggetti d'uso in genere, quali i nuovi modelli consistenti in particolari conformazioni, disposizioni, configurazioni o combinazioni di parti. » Voir aussi Art. 2592 Code civil italien.

²⁰ § 2 ch. 6 loi allemande ; Art. 4 décret royal italien.

²¹ Le décret royal est en effet divisé en trois titres : le titre second s'applique aux modèles d'utilité, le titre troisième aux modèles d'ornement, alors que le titre premier traite des dispositions communes aux deux catégories de modèles.

²² Sur la loi de 1868, voir Ascarelli, *op. cit.*, p. 670. Ramella : La proprietà industriale. Turin 1927, vol. I, n° 305, p. 439. Stolfi : Proprietà intellettuale. Milan, Naples, Palerme, Rome 1915, p. 359. Pour la jurisprudence voir App. Milan 25 mars 1939. Riv. dir. com. 1940 II, p. 244 à propos d'une selle de bicyclette avec note E.B. sur appel. Trib. Milan 26 décembre 1938. Rassegna 1940, p. 48. Voir cependant en sens contraire Trib. Milan 10 février 1937. Rassegna 1937, p. 25 à propos d'un joint de culasse pour automobile.

²³ Bien que les formes utilitaires et les formes ornementales appartiennent au genre supérieur des modèles industriels, les deux espèces de protections ne peuvent être cumulées dans un même brevet. Lorsque la forme d'un objet possède

On peut déjà conclure de ce bref exposé historique que le modèle d'utilité est une institution dont les contours sont mal dessinés. On a en effet l'impression, du moins en Allemagne, que le législateur a voulu répondre aux vœux des milieux industriels sans chercher à savoir à quelles réalités correspondait le droit qu'il avait créé. Une bonne systématique a été sacrifiée au profit de considérations purement économiques. Les caractères essentiels du modèle d'utilité semblent du reste avoir été empruntés aux législations voisines — droit des modèles d'ornements, brevets d'invention —. Au départ, l'institution était donc hybride. Insuffisamment définie à l'origine, la nature juridique du modèle d'utilité oscillera constamment entre deux courants diamétralement opposés dont l'un se réclame de la protection de l'idée, l'autre de celle de la forme. C'est ce que les pages qui vont suivre doivent faire apparaître.

Section II :

ASPECTS THÉORIQUES DU DROIT DES MODÈLES D'UTILITÉ

§ 1. LE MODÈLE D'UTILITÉ, INSTITUTION CONTROVERSÉE.

98. Si en Allemagne l'adoption de la loi du 6 juin 1891 sur les modèles d'utilité a été motivée surtout par des considérations de politique juridique, la doctrine a néanmoins cherché a posteriori à dégager les caractères essentiels qui distinguent les productions soumises à ce régime de celles qui relèvent d'institutions voisines. Ce n'est donc qu'une fois la loi promulguée que l'approche théorique du droit qui venait d'être créé a été abordée. La méthode est déjà critiquable en soi : une législation ne peut donner de bons résultats que lorsqu'elle a été précédée d'une observation minutieuse des faits à régir²⁴. Mais dans le domaine de la propriété intellectuelle une telle démarche est encore plus dangereuse, car cette branche du droit ne s'articule rationnellement qu'à la condition d'avoir correctement identifié les phénomènes intellectuels qui feront l'objet d'une norme protectrice. Avant de formuler des règles

à la fois un caractère ornemental et augmente l'utilité de l'instrument, il faut demander à la fois un brevet pour modèle d'ornement et un brevet pour modèle d'utilité : voir article 8 du décret du 25 août 1940.

²⁴ Sur la nécessité d'une observation des comportements, des phénomènes qui doivent être régis par le droit, voir *supra* n° 9 et suiv.

juridiques applicables au modèle d'utilité, il fallait tout d'abord examiner dans quelle mesure le bien protégé représentait une catégorie autonome de manifestations de l'activité spirituelle. Certes les travaux préparatoires de la loi du 6 juin 1891 indiquent que l'on a cru voir dans la nature de l'effet lié à la forme, l'élément décisif distinguant le modèle d'ornement du modèle d'utilité. La division en trois chapitres du décret royal italien relève de considérations identiques.

En revanche et dans les deux pays, la question de la délimitation du domaine couvert par cette institution envers celui attribué au droit des brevets d'invention est demeurée, au stade des débats parlementaires, pratiquement sans réponse²⁵. Du fait de cette absence de toute définition précise, l'application et l'interprétation de la loi allemande du 6 juin 1891 et du décret royal italien du 25 août 1940 ont posé de multiples problèmes. La doctrine s'est montrée divisée sur des questions fondamentales tels l'objet du droit, les conditions matérielles et l'étendue de la protection. La jurisprudence, du moins en Allemagne, a rendu des décisions qui, sur le fond, paraissent contradictoires. Or toutes ces oppositions ont leur origine dans le manque de systématique qui a présidé à la conception des textes législatifs. En effet, les grands courants doctrinaux qui s'affrontent concernent tous, plus ou moins directement, les rapports de l'institution du modèle d'utilité avec le régime des brevets d'invention. Pour certains auteurs, il n'y aurait entre ces deux types de productions intellectuelles qu'une différence de degré dans l'intensité de l'activité créatrice déployée par leur auteur — théorie quantitative —. Pour l'autre courant doctrinal, la distinction est beaucoup plus fondamentale et touche aux caractères mêmes des institutions envisagées : le régime des brevets d'invention protégerait une idée technique, une règle abstraite alors que le droit des modèles d'utilité ne s'attacherait qu'à la forme concrète dans laquelle cette idée est objectivée matériellement — théories qualitatives —. Protection de l'idée ou protection de la forme, tels sont les termes de l'équation qui doit être résolue.

§ 2. LES THÉORIES QUALITATIVES.

A) *La théorie de Joseph Kohler ; la distinction entre la « Raumform-erfindung » et la « Naturkrafsterfindung ».*

99. La distinction établie par Joseph Kohler entre la « Naturkraft-erfindung » et la « Raumform-erfindung » a joué un rôle important dans

²⁵ Sur les travaux préparatoires, voir pour l'Allemagne les auteurs cités sous note 18 *supra* et Davidson : *Begrenzung des Begriffes « Gebrauchsmuster » im Sinne des Reichsgesetzes, vom 1. Juni 1891. GRUR 1898, p. 225.* Pour l'Italie, voir G. Colica : *Essenza e portata del modello di utilità. Rassegna 1947, p. 95 et suiv.*

le développement du droit des modèles d'utilité²⁶. A l'invention technique qui implique toujours l'utilisation des forces de la nature, Kohler oppose le modèle d'utilité qui porte sur la forme d'un objet d'usage ou d'un instrument de travail. Dans l'invention technique, dit Kohler, l'inventeur fait produire à une combinaison particulière de forces naturelles un certain effet technique alors qu'avec le modèle d'utilité, l'inventeur résout un problème technique en donnant à un objet une configuration déterminée²⁷. Tel qu'il est formulé, le critère se situe en marge des réalités. Dans la technique, notamment en mécanique, les forces naturelles agissent par l'intermédiaire d'organes corporels qui sont définissables et localisables dans l'espace par une forme concrète. Une combinaison de forces agira donc presque toujours au travers d'une structure donnée. Kohler est certes parfaitement conscient de cette objection : aussi distingue-t-il la forme selon qu'elle est la cause directe de l'effet obtenu ou qu'elle sert d'instrument permettant d'orienter des forces dans une direction déterminée. Ainsi les organes d'une machine se manifestent extérieurement par une configuration dont les contours ont été dessinés en considération d'impératifs dépendant des lois de la cinématique. La forme n'a aucune valeur en soi, elle n'est qu'un moyen qui doit faciliter l'action des forces. Lorsque la forme conditionne ainsi le déploiement des forces naturelles, elle relève toujours, estime Joseph Kohler, du domaine des inventions techniques²⁸. Par contre le modèle d'utilité se caractérise par une forme qui produit un effet technique indépendamment de toute intervention des forces de la nature, à l'exception toutefois de la pesanteur qui habite les corps solides²⁹.

Le critère tel qu'il est précisé par l'éminent auteur allemand ne perd en rien de son caractère artificiel. On ne peut en effet dissocier l'effet technique de la combinaison de forces qui le produit. Celui-ci est toujours la résultante de celle-là. Une forme ne saurait engendrer d'effets pour elle-même mais uniquement parce qu'elle est le siège de forces naturelles³⁰. Ainsi c'est la force de la gravité qui maintient l'eau dans un récipient. Tous les objets qui servent à cet usage, tels le bidon, la casserole, la cuiller, etc. font donc intervenir une force naturelle³¹.

²⁶ La théorie de Joseph Kohler a fortement influencé le droit italien. Voir *infra* n° 95. En Suisse, la distinction opérée par Kohler a été reprise par von Waldkirch et Bürgi. Voir *supra* note 6.

²⁷ Kohler : *Handbuch*, p. 106 et suiv. ; *id.* : *Musterrecht, Geschmacks- und Gebrauchsmusterrecht*. Stuttgart 1909, p. 86.

²⁸ Kohler : *Handbuch*, p. 107.

²⁹ Kohler : *Handbuch*, p. 110.

³⁰ Voir dans ce sens Troller : *Immaterialgüterrecht*, vol. I, p. 521. O. Cantor : *Gesetz betreffend den Schutz von Gebrauchsmustern*. Berlin 1911, p. 32 ; et Osterrieth : *Patentrecht*. Breslau 1924, p. 57 et suiv. : « Reine Raumgestaltungen oder Anordnungen erzeugen ihre Wirkung immer durch die naturgesetzlich bedingten Eigenschaften der Körper und ihrer Stoffe. »

³¹ Voir A. Giambrocco : *Il modello di utilità*. Milano 1951, p. 7 et suiv.

Autre exemple, la fermeture hermétique d'une bouteille n'est pas assurée par la forme de son bouchon mais par la cohésion moléculaire de la matière dont il est fabriqué³². Cette vérité n'a du reste pas échappé à Kohler puisqu'il a non seulement prévu une exception en faveur de la pesanteur mais qu'il a encore associé la matière à la notion de forme³³. Si la matière participe ainsi à la définition de la forme, la distinction entre le modèle d'utilité et l'invention technique tombe d'elle-même car les forces sont toujours présentes à l'état latent dans la matière³⁴.

La grande erreur de Kohler a été d'envisager la forme dans un moment dynamique, c'est-à-dire dans la perspective de la réalisation d'un effet technique quelconque. Or avec la notion de forme on reste toujours sur un plan statique. La forme délimite une surface par une autre surface ; elle détermine les contours d'un objet le rendant ainsi perceptible dans la réalité extérieure. Mais si l'on associe une entité au résultat matériel qu'elle produit, c'est toujours au concept de cause, partant à celui de forces qu'il faudra faire appel. Ainsi lorsque l'on dit d'un objet d'une simplicité élémentaire, par exemple une cuiller, qu'il agit par sa forme, on est en réalité victime d'une illusion d'optique. On est tellement habitué à retrouver avec une même forme toujours le même effet que l'on imagine à tort que l'une est la cause directe de l'autre. Le cas de la cuiller est typique : c'est grâce au phénomène de la gravitation des corps que cet ustensile remplira sa fonction. Sa forme creusée n'est qu'une conséquence nécessaire, obligatoire de l'action de cette force. Cela paraît d'autant plus vrai que lorsque l'objet se complique, sa forme ne nous dit plus rien et la survenance de l'effet ne peut être expliquée que si l'on analyse le déroulement du processus causal dont il est partie. Kohler a ainsi cru que l'on pouvait faire abstraction de la notion de forces lorsque l'on examine un objet d'usage, un instrument de travail dans le cadre de sa fonction, c'est-à-dire sous l'angle du but auquel il doit servir. Ce paradoxe enlève toute valeur à la distinction opérée entre la « Naturkraftefindung » et la « Raumform-erfindung »³⁵.

A l'appui de cette affirmation on peut invoquer le fait que la plupart des auteurs³⁶ qui, en Allemagne, se réclament de la théorie de Kohler

³² Exemple de Cantor, *op. cit.*, p. 32.

³³ Kohler : *Handbuch*, p. 109 ; *id.* : *Musterrecht*, p. 61.

³⁴ Dans ce sens Troller : *Immaterialgüterrecht*, vol. I, p. 62.

³⁵ Pour une critique des théories de Kohler voir notamment Attilio Luzzato : *L'istituto del modello di utilità nella legislazione italiana*. Riv. propr. intell. e ind. 1951, p. 95, 99 ; et Ett. Luzzato : *Teoria*, p. 165.

³⁶ Voir notamment Cantor, *op. cit.*, p. 31 et suiv. Ph. Allfeld : *Kommentar zu den Gesetzen über das gewerbliche Urheberrecht*. München 1904, p. 370. Weber : *Die Grenzen des Gebrauchsmusterrechts*. Berlin 1934, p. 84. B. Bomborn : *Das neue Patent- und Gebrauchsmusterrecht*. Leipzig 1932, p. 162. Adhèrent toutefois strictement à la théorie de Kohler, O. Gierke : *Deutsches Privatrecht*, Leipzig 1895, p. 840 et suiv. ; A. Seligsohn : *Patentgesetz und Gesetz betreffend den Schutz von Gebrauchsmustern*. Berlin-Leipzig 1932, p. 462 et suiv.

n'en ont pas moins abandonné en pratique l'essentiel de ses thèses. Pour cette doctrine, la protection conférée par le droit des modèles d'utilité s'épuise certes dans une forme concrète, dans la configuration de l'objet d'usage ou de l'instrument de travail. Mais cette conclusion n'est pas nécessairement liée à l'absence de toute intervention des forces naturelles. Celles-ci peuvent se manifester au travers de la forme, leur présence étant toutefois inopérante pour déterminer le sort de la prérogative résultant du dépôt du modèle. Contrairement à l'opinion de Kohler, le facteur « forces » n'est plus un élément qui conditionne l'attribution d'une production technique au régime des brevets d'invention plutôt qu'à celui des modèles d'utilité. Dans cette optique, cette même doctrine considère qu'une réalisation technique peut, au gré de l'inventeur, faire l'objet soit d'un brevet d'invention soit d'un modèle d'utilité. Selon que l'inventeur désire ou non bénéficier d'une durée de protection plus longue³⁷ et d'une zone d'exclusivité plus étendue, il choisira l'un ou l'autre de ces régimes³⁸. On constate donc que même auprès de la doctrine la plus traditionnelle, la distinction entre le modèle d'utilité et l'invention technique paraît singulièrement édulcorée.

B) *Les théories de Ghiron et de Greco.*

100. L'opposition entre le modèle d'utilité et l'invention technique paraît plus marquée en Italie³⁹ où les partisans des théories qualitatives font du critère de l'utilisation des forces de la nature, la charnière autour de laquelle vont s'articuler les droits des brevets d'invention et des modèles d'utilité. Pour Ghiron, l'invention technique implique que son auteur ait résolu un problème technique par la mise en œuvre des forces de la nature, créant ainsi de nouveaux biens ou services. Le modèle d'utilité ne détermine en revanche aucune création de valeurs techniques nouvelles, mais une simple amélioration du patrimoine technique existant. Cette amélioration va se manifester dans la forme nouvelle donnée à des objets déjà existants, aux fins d'en augmenter le rendement et l'efficacité ; dans cette hypothèse, le résultat social se traduit par une meilleure utilité — *maggior utilità* —, notion qui serait qualitativement inférieure à la nouvelle utilité — *nuova utilità* — qu'engendre l'invention technique⁴⁰. La théorie de Ghiron est tout aussi arbi-

³⁷ En Allemagne, le modèle d'utilité est protégé pour une durée de trois ans renouvelable pour une même période. Voir § 14 de la loi du 1^{er} juin 1891. En Italie la durée totale de la protection est de quatre années. Voir article 9 du décret royal du 25 août 1940. Cette disposition s'applique aux modèles d'utilité et aux modèles d'ornement.

³⁸ Voir dans ce sens Bomborn, *op. cit.*, p. 162.

³⁹ Egalement pour les raisons exposées précédemment voir *supra* n° 92.

⁴⁰ Ghiron, *op. cit.*, vol. II, p. 384. Ainsi l'homme des cavernes qui, au moyen de l'écorce d'un fruit, inventa la cuiller, créa une nouvelle utilité. Toutes les

traire que celle de Kohler. En circonscrivant le domaine des inventions techniques aux seules réalisations qui procurent une nouvelle utilité, le juriste italien restreint le champ d'application de la loi aux inventions dites de pionniers, c'est-à-dire à celles qui ouvrent à la technique une voie nouvelle, qui se manifestent dans un secteur technique pratiquement inexploré⁴¹. Mais la plupart des inventions techniques ne constituent à la vérité que des améliorations plus ou moins importantes d'entités préexistantes de sorte que pour cette raison déjà, la théorie de Ghiron s'inscrit en marge des réalités⁴². En fait la distinction opérée par Ghiron entre la « nouvelle utilité » et la « meilleure utilité » replace tout le problème du critère caractérisant le modèle d'utilité par rapport à l'invention technique dans le cadre de la théorie quantitative. Si l'on applique la théorie de Ghiron, la décision attribuant une production technique à l'un ou l'autre des régimes va dépendre en grande partie du degré d'avancement de l'état de la technique, ce qui implique nécessairement que le juge devra se livrer à un examen de l'originalité de la réalisation en cause⁴³.

On est conduit aux mêmes conclusions lorsque l'on analyse les thèses de M. Greco qui, s'appuyant sur l'article 2 al. 3⁴⁴ du décret royal italien du 25 août 1940, a cru déceler le critère distinguant le modèle d'utilité de l'invention technique dans l'opposition des termes « concept inventif » et « concept innovateur ». Pour qu'il y ait invention, estime M. Greco, il faut que l'inventeur ait découvert une nouvelle combinaison de forces naturelles, un nouveau rapport de causalité entre des phénomènes physiques ou chimiques et qu'il en ait tiré une application pratique. Par contre le concept innovateur ne dévoile aucun nouveau rapport de causalité. Le déposant opère dans le cadre des rapports de causalité déjà connus et réalise une application nouvelle qui se manifeste dans la forme d'un objet d'usage ou d'un instrument de travail⁴⁵.

formes de cuillers qui dériveraient de cette forme fondamentale — cuiller dont la forme permet à l'usager de la poser sur une nappe sans salir cette dernière, cuiller dont l'extrémité pointue facilite le prélèvement d'une masse compacte telle une crème glacée — augmenteraient les utilités préexistantes et partant seraient des modèles d'utilité. Exemples donnés par A. Giambrocono : Il modello di utilità. Milano 1951, p. 7 et suiv. L'idée que l'invention crée un nouveau bien alors que le modèle d'utilité améliore un bien déjà existant, a été soutenue en Allemagne par Cantor, *op. cit.*, p. 199, et Allfeld, *op. cit.*, p. 389.

⁴¹ Voir *supra* n° 89.

⁴² Elle s'inscrit aussi en marge du droit positif. Tous les ordres juridiques ont prévu que des brevets pouvaient être octroyés par des améliorations apportées à des inventions déjà brevetées. Voir pour la Suisse Art. 9 LB ; brevet additionnel ; Art. 36 L.B., brevet dépendant.

⁴³ Voir dans ce sens A. Luzzato : L'istituto del modello di utilità... ; *id.* : La novità intrinseca nei modelli di utilità. Riv. propr. int. e ind. 1952, p. 335.

⁴⁴ « Les effets du brevet pour modèle d'utilité s'étendent aux modèles qui offrent la même utilité pourvu qu'ils utilisent la même conception innovatrice. »

⁴⁵ Greco, *op. cit.*, p. 535 et suiv. ; *id.* : A propos de la distinction entre « invention » et « modèle d'utilité » dans le droit italien. Mélanges en l'honneur de Paul Roubier, vol. II. Paris 1961, p. 467 et suiv.

M. Greco paraît donc assimiler le modèle d'utilité à la réalisation sur le plan matériel d'une idée technique. La protection viserait ainsi la structure corporelle des moyens qui concrétisent une connaissance technique. Or de deux choses l'une : ou bien l'idée que ces moyens extériorisent est originale et nous sommes en présence d'une invention, ou bien elle ne l'est pas. Dans cette hypothèse protéger la structure visible des moyens, c'est-à-dire la construction matérielle d'une idée technique, c'est admettre que le régime des modèles d'utilité se contente de la simple nouveauté sans exiger une diversité qualifiée, la construction matérielle étant toujours la suite logique, nécessaire du rapport de causalité qu'elle objective dans la réalité ⁴⁶. En fait, si l'on étudie avec attention la théorie de Greco, on constate que cet auteur ne limite pas la portée du modèle d'utilité à une simple protection de structures : l'objet protégé est toujours une idée de solution encore que celle-ci soit dépendante d'une idée principale qui, elle, fait partie de l'état de la technique ⁴⁷. Interprétées dans ce contexte, les thèses de Greco reportent tout le problème de la distinction entre le modèle d'utilité et l'invention technique sur un plan quantitatif ⁴⁸.

C) *La théorie de l'effet typique d'Ettore Luzzato.*

101. Si elle n'appelle pas les mêmes réserves, la théorie de l'effet typique soutenue par M. Ettore Luzzato n'en est pas moins d'une application difficile. Interprétant l'art. 2 du décret royal italien M. Luzzato considère que l'élément caractéristique du modèle d'utilité réside dans les termes « efficacité d'application ou d'emploi ». Chaque réalisation technique, enseigne cet auteur, entraîne plusieurs sortes d'effets techniques. Les uns sont qualifiés de typiques, les autres d'accessoires. Ainsi en mécanique un joint a pour fonction d'établir une relation entre deux arbres ; son effet typique réside dans la transmission d'une force d'un organe à un autre organe. Mais pour que le joint puisse accomplir sa fonction, pour qu'il produise son effet technique typique, il doit subir certaines opérations qui n'ont aucun rapport avec cet effet ; par exemple le joint devra être monté et fixé à une place déterminée. Les opérations de montage ou de démontage si nécessaires soient-elles, n'exercent pourtant aucune influence sur l'effet typique du joint ; elles ont donc un caractère accessoire. Selon M. Luzzato l'efficacité d'emploi ou d'application vise ces opérations là et il y aura place pour un modèle d'utilité toutes les fois qu'une amélioration a été apportée à un dispo-

⁴⁶ Sur le concept de la construction matérielle, voir *supra* n° 39 et n° 89.

⁴⁷ Voir *supra* n° 89 ; voir aussi les exemples de fonctions principales et secondaires dans un embrayage figurant à la note 653 *supra*.

⁴⁸ Dans l'ouvrage qu'il a écrit avec M. Vercellone, M. Greco paraît avoir abandonné sa théorie et se rallier à une protection de la forme en soi. Voir Greco-Vercellone : *Le invenzioni e i modelli industriali*. Turin 1968, p. 392.

sitif qui, sans en modifier l'effet typique, facilite le déroulement des opérations accessoires⁴⁹.

La théorie de M. Luzzato est séduisante à première vue ; elle paraît toutefois quelque peu artificielle. Elle suppose en effet que pour chaque combinaison particulière de moyens on puisse par avance identifier l'effet typique qui doit en résulter. Or ce qui caractérise l'invention, c'est justement le fait d'établir entre plusieurs moyens une nouvelle relation fonctionnelle, de leur faire jouer dans une combinaison donnée un rôle différent de celui qui d'après les règles de la technique courante serait normalement le leur. Ainsi l'effet typique découlant de l'action d'un tamis sur une substance quelconque est de séparer les éléments d'un mélange selon la dimension des particules. Lorsque cet ustensile est employé à d'autres fins, par exemple pour déshumidifier une pâte d'une certaine consistance, peut-on encore parler d'effet typique⁵⁰ ? En appliquant la théorie de M. Luzzato, on en arrive à soumettre au régime des modèles d'utilité de véritables inventions sous prétexte qu'elles n'affectent pas la fonction typique des moyens combinés. On pourrait certes rétorquer que par effet typique il faut entendre l'effet principal par opposition à l'effet secondaire. Mais alors le critère proposé par M. Luzzato se confond avec les solutions préconisées par les partisans de la théorie quantitative car il détermine le rattachement d'une production technique à l'un ou l'autre des régimes en cause en fonction de l'importance, de la signification de l'innovation.

D) *Les théories qui opposent la forme à l'idée dans le contexte du résultat d'une activité créatrice.*

102. Selon une doctrine qui semble s'être imposée dans le droit positif italien⁵¹, le critère qui distingue l'invention technique du modèle d'utilité doit être recherché dans le résultat sur lequel porte l'activité créatrice. Dans l'invention technique, celle-ci va se manifester dans l'essence — sostanza — du dispositif alors que dans le modèle d'utilité elle s'exprime dans le tracé des contours d'un objet d'usage⁵². Certes cette

⁴⁹ Ett. Luzzato : *Teoria*, p. 167 et suiv.

⁵⁰ Voir *supra* n° 87.

⁵¹ Voir notamment Cass. 21 avril 1955, *Mass. Foro it.* 1955 n° 1050 Col. 220. Appel. Milan 25 février 1955. *Riv. propr. industr. e intellett.* 1955, p. 282. *Comm. des Recours* 19 déc. 1946. *Rassegna* 1956, p. 303 ; *id.* : 2 février 1951. *Rassegna* 1956, p. 303. Trib. Venise. 30 août 1958. *Riv. dir. ind.* 1959 II, p. 71. Trib. Milan 18 mars 1963. *Rassegna* 1963, p. 126.

⁵² Voir notamment Ascarelli, *op. cit.*, p. 671. Rotondi, *op. cit.*, p. 303. G.-A. Guglielmetti : *Invenzione di prodotto, invenzione di procedimento, modello di utilità*. *Riv. dir. ind.* 1952 II, p. 288, 292. Bonasi-Benucci, *op. cit.*, p. 308 et suiv. Sena : *Limiti concettuali fra invenzione e modello di utilità*. *Riv. dir. ind.* 1954 I, p. 251 ; *id.* : *Cenni sulla distinzione tra invenzioni e modelli*. *Riv. dir. ind.* 1964 I, p. 229. Gasparoni : *Requisito per il conseguimento del brevetto per modello di utilità*. *Riv. dir. ind.* 1954 II, p. 53 et suiv.

théorie revient en fait à opposer la forme à l'idée et repose en partie sur les principes exposés par Kohler et ses disciples italiens ou allemands : l'invention, combinaison nouvelle de force de la nature, va donner lieu à un nouveau résultat, tandis que le modèle d'utilité, simple application de rapports de causalité déjà connus, ne détermine qu'une modification d'entités préexistantes. Où cette doctrine paraît innover, c'est lorsqu'elle assoit la condition d'originalité du modèle d'utilité sur les seuls éléments formants du produit. Ce faisant elle ne tombe pas dans l'erreur des théories précédentes qui voulaient à tout prix associer la forme à un effet technique déterminé. Or la forme n'agit jamais par elle-même ; elle n'est qu'un moyen qui doit permettre la réalisation sur le plan matériel d'un processus causal déterminé. Lorsque la forme est ainsi considérée dans la perspective du but auquel l'objet d'usage doit servir, elle dépend entièrement du déroulement de ce processus causal et ne constitue jamais l'essentiel de la création. En d'autres termes, lorsque l'on envisage la forme d'un objet d'usage en relation avec l'effet qui résulte de son utilisation, ce qui constitue en fait la démarche principale de l'institution du modèle d'utilité, la forme n'a plus aucune valeur en soi mais représente l'objectivation sur le plan matériel d'un principe d'utilisation des forces de la nature, d'une idée de solution. Si cette idée est connue, la protection conférée par le droit des modèles d'utilité ne peut viser qu'une construction, dans le sens où ce terme a été défini⁵³, à moins que l'on envisage la condition d'originalité hors du contexte de l'idée de solution. Pour cela il faudra détacher la forme du rapport de causalité et la considérer pour elle-même, en faisant abstraction de l'effet technique qui lui est associé. L'originalité de la forme est alors appréciée dans l'absolu, sous un angle statique⁵⁴. La doctrine qui oppose la forme à l'idée dans le contexte du résultat de l'activité créatrice a su discerner cet aspect important du problème. En envisageant la forme comme le résultat même de la création et non comme un simple moyen, elle a certes réussi à tracer une frontière entre le champ d'application du régime des brevets d'invention et celui du droit des modèles d'utilité. Toutefois ce critère, si satisfaisant soit-il dans la délimitation des domaines attribués à l'une ou l'autre de ces institutions, devient inopérant lorsqu'il s'agira de distinguer le modèle d'utilité du modèle d'ornement. Si c'est la notion de forme considérée non pas relativement à un but déterminé mais dans l'absolu qui constitue le pivot du régime des modèles d'utilité, si les conditions de nouveauté et d'originalité ainsi que l'étendue de la protection conférée par le droit s'apprécie par rapport à cet élément

⁵³ Voir *supra* n° 39 et n° 89.

⁵⁴ Voir dans ce sens Bonasi-Benucci, *op. cit.*, p. 310 ; Guglielmetti, *op. cit.*, sous note 757, p. 299 : « E da dire invece che la novità intrinsecata — originalité — non deve essere considerata rispetto alla sostanza del prodotto ma soltanto al suo aspetto formale... » Voir aussi Greco-Vercellone, *op. cit.*, p. 392 et suiv.

sans considération aucune de l'effet technique qui s'y rattache, on voit mal en quoi ces productions se différencient encore de celles soumises au droit des modèles d'ornement. Avec cette question, nous abordons le problème de la légitimité de la distinction opérée entre l'effet technique et l'effet esthétique du modèle et qui sera traité dans un prochain chapitre.

§ 3. LES THÉORIES QUANTITATIVES : LA PETITE INVENTION.

103. Dans sa grande majorité la doctrine allemande, imitée en cela par quelques auteurs italiens, a renoncé à formuler un critère de nature qualitative susceptible de distinguer l'invention technique du modèle d'utilité. Presque tous les auteurs allemands ont en effet dénoncé le caractère artificiel de la distinction préconisée par Kohler entre la « Naturkrafterfindung » et la « Raumformerfindung »⁵⁵. En raison de cette impossibilité d'établir une différence touchant au caractère essentiel du bien protégé, la doctrine s'est rabattue sur le niveau de l'idée créatrice faisant ainsi dépendre du degré d'originalité manifesté par une production technique, son assujettissement au régime des brevets d'invention ou à celui des modèles d'utilité. Cette théorie assimile ainsi le modèle d'utilité à une petite invention, c'est-à-dire à une nouveauté technique dont le degré d'originalité serait inférieur à celui que marque la prétendue « grande invention ». Toujours selon cette doctrine, la protection conférée par le modèle d'utilité n'est pas limitée à la forme concrète dans laquelle l'innovation s'extériorise mais s'étend à toutes les formes qui relèvent de la même idée. Cependant pour bénéficier de la protection légale, l'innovation doit pouvoir être représentée dans un modèle, ce qui exclut en théorie du champ d'application de la loi, les inventions dites de procédés et celles qui portent sur des substances informes. Cette condition qui paraît difficilement compatible avec la théorie de la petite invention a été singulièrement atténuée par la jurisprudence comme nous aurons l'occasion de le constater lors de notre étude du modèle d'utilité sur le plan pratique⁵⁶.

⁵⁵ Voir auteurs cités sous note 737. Voir aussi Trustedt : Zum Thema « Erfindungshöhe » beim Patent- und Gebrauchsmuster. GRUR 1958, p. 309, 311.

⁵⁶ Le caractère illogique de la distinction opérée entre les petites inventions qui se manifestent dans une forme déterminée et les petites inventions de procédé a été dénoncé, peu de temps après la promulgation de la loi du 1^{er} juin 1891 par S. Ephraïm : Die Ausdehnung des Gebrauchsmusterschutzes auf Verfahren. GRUR 1898, p. 100 et suiv. Après la modification de la loi en 1936 qui a supprimé du texte de l'art. premier, le terme « modèle », l'exclusive prononcée contre les petits procédés est interprétée d'une manière beaucoup plus souple. En Italie ce même illogisme a été dénoncé par Greco dans « A propos de la distinction... », p. 476.

Restant sur un plan théorique, on observe que si la doctrine allemande, dans sa grande majorité⁵⁷, de même que la jurisprudence⁵⁸ envisagent l'institution du modèle d'utilité comme une invention d'un niveau inférieur, bien rares sont les auteurs qui ont cherché à exprimer juridiquement les degrés d'originalité respectifs de la petite et de la grande invention. Certains auteurs considèrent que le niveau inventif du modèle d'utilité doit dépasser la zone des équivalents évidents⁵⁹. D'autres auteurs soutiennent que le critère du niveau inventif est une notion relative, qu'il n'est jamais fixé une fois pour toutes et pour tous les domaines techniques. C'est alors le degré d'avancement de la technique dans un secteur donné qui déterminera si la mesure de l'enrichissement procuré à la collectivité justifie l'octroi d'un brevet d'invention ou d'un modèle d'utilité⁶⁰.

Lors de notre étude générale sur le phénomène de la création, nous avons pu souligner que l'originalité est une notion qui, juridiquement, ne souffre d'aucune graduation quelconque. Les différents degrés d'originalité que manifesterait certaines productions intellectuelles sont en effet intraduisibles sur le plan juridique. A l'aide d'un critère approprié le droit pourra certes établir qu'à partir d'un certain degré de dissemblance entre deux choses, la différence ainsi observée indique la présence d'une activité créatrice. Mais il ne peut aller plus loin : la mesure de l'intensité de l'activité créatrice échappe à toute appréciation juridique. Ces principes valent tant pour les créations de l'esthétique que pour celles de la technique, de sorte que la petite invention paraît être une notion complètement artificielle. Le jugement qui affirme ou infirme l'existence du niveau inventif est un jugement alternatif. Le seul problème que doit résoudre le juge est celui de savoir si la prestation intellectuelle de l'inventeur dépasse ce qu'un homme de métier de bonne

⁵⁷ Voir notamment Schanze : Zum Begriff des Gebrauchsmusters. GRUR 1900, p. 24. Tetzner, *op. cit.* : Gebrauchsmustergesetz ad § 1. Anm. 3, p. 617 et suiv. Isay, *op. cit.* : Gesetz betreffend den Schutz von Gebrauchsmustern ad § 1. Anm. 20, p. 613 et suiv. Benkard, *op. cit.* : Gebrauchsmustergesetz ad § 1. Anm. 2, p. 1068. Schramm : Der Patentverletzungsprozess..., p. 11. Zeller : Erfindungshöhe von Gebrauchsmustern. GRUR 1956, p. 532. Winkler : Die Gebrauchsmusterverletzung im Vergleich zur Patentverletzung. GRUR 1958, p. 205 et suiv. En Italie la théorie de la petite invention a été admise par certains auteurs : voir notamment Auletta, *op. cit.* ad Art. 2592, p. 324. De Gregorio : Corso di diritto commerciale. Rome 1954, p. 111. Salandra : Manuale di diritto commerciale. Vol. I. Bologne 1946, p. 92. G. Colica : Osservazioni sui brevetti per modelli di utilità. Rassegna 1948, p. 211.

⁵⁸ Voir notamment RG 18 mars 1933. GRUR 1933, p. 494. 20 janvier 1939. GRUR 1939, p. 838. BGH 11 nov. 1956. GRUR 1957, p. 270. 30 janvier 1964. BGHZ 42, p. 263. 29 juin 1962. GRUR 1962, p. 575. En Italie certaines cours ont également recouru au concept de la petite invention : voir App. Milan. 12 juin 1955. Riv. propr. int. e ind. 1955, p. 208. Trib. Milan 25 janvier — 10 mars 1963. Riv. dir. ind. 1964 I, p. 249 et suiv.

⁵⁹ Opinion soutenue par Winkler, *op. cit.*, note 762.

⁶⁰ Opinion soutenue par Zeller, *op. cit.*, note 75.

information aurait pu réaliser sur la base de l'état de la technique existant à la date du dépôt de la demande. Une fois admis ce dépassement de la technique industrielle courante, l'originalité de la production doit être reconnue sans que l'on puisse qualifier une seconde fois la prestation. Le degré de diversité qualifiée qui conditionne l'octroi d'une exclusivité est ainsi mesuré d'après les capacités du spécialiste moyen à résoudre un problème technique identique. Il ne saurait dès lors varier selon qu'il s'agit d'un modèle d'utilité ou d'une invention technique car dans les deux cas le juge se sert d'un même étalon, le standard de développement de la technique industrielle courante. Certes on ne peut nier que dans la réalité il existe des inventions qui sont plus importantes que d'autres. Mais la distinction ne peut être exprimée juridiquement de sorte que pour le droit elle est irrelevante ⁶¹.

Si l'on rejette à propos du modèle d'utilité le concept de la petite invention ⁶², on est alors placé devant une alternative : ou bien reconnaître que brevet d'invention et modèle d'utilité sont des institutions qui se recouvrent exactement, ou bien admettre que la protection conférée par le droit des modèles d'utilité vise des productions qui, tout en étant nouvelles, se situent dans la ligne du développement continu de la technique et partant ne constituent pas des valeurs créatrices. Certains auteurs ont cru échapper à cette alternative en soutenant que l'objet protégé par un modèle d'utilité devait à la fois être nouveau et démontrer l'existence d'un progrès technique ⁶³. Mais, ainsi qu'il l'a été exposé précédemment, la nouveauté et le progrès technique ne forment en réalité qu'une seule et même condition de sorte que l'on en revient toujours à la même alternative à moins que l'on exige un progrès technique qualifié, ce qui replacerait le problème dans le cadre du niveau inventif ⁶⁴.

Si l'on conclut que le droit des modèles d'utilité et celui des brevets d'invention protègent des manifestations de l'activité intellectuelle qui appartiennent à un genre unique, celui des créations techniques, sans qu'on puisse les distinguer ni qualitativement ni quantitativement ⁶⁵, on peut alors se demander quel est l'intérêt de conserver deux lois qui s'appliquent à un même objet. Une loi qui fait double emploi avec une

⁶¹ Voir n° 59 et n° 60 *supra*.

⁶² Voir Trustedt : Zum Thema « Erfindungshöhe » beim Patent- und Gebrauchsmuster. GRUR 1958, p. 309 ; et J. Conradt : Gebrauchsmuster nur für Erfindungen. GRUR 1963, p. 405. Voir aussi Rotondi, *op. cit.*, p. 303.

⁶³ Voir dans ce sens Stark : Die Bedeutung des Fortschrittgedanken für das Gebrauchsmusterrecht. GRUR 1935, p. 341. Bunke : Gebrauchsmusterschutz oder kleines Patent. GRUR 1957, p. 110.

⁶⁴ Voir *supra* n° 57 et suiv.

⁶⁵ Trustedt, *op. cit.*, note 62 ; *id.* : Das Gebrauchsmuster im Verletzungsstreit. GRUR 1954, p. 244.

autre n'a plus sa raison d'être. Elle doit être supprimée ; systématiquement, c'est la seule solution qui s'impose ⁶⁶.

L'autre terme de l'alternative n'est guère plus satisfaisant car il équivaut à accorder un monopole d'exploitation pour des nouveautés techniques dénuées de tout caractère original. Certains auteurs ont avancé l'argument que l'exclusivité ainsi octroyée sauvegarderait les intérêts des industriels qui, au prix d'investissements souvent considérables, ont mis au point et lancé sur le marché des innovations techniques immédiatement copiées par des concurrents sans scrupule. L'institution du modèle d'utilité aurait ainsi pour but de protéger les fabricants contre les copies serviles, de façon à assurer la rentabilité de leurs investissements ⁶⁷. Ces considérations tomberont cependant toujours à faux tant que l'on continuera à admettre que l'octroi d'une exclusivité n'est justifiée que lorsque l'auteur, l'inventeur a fait un apport créateur à la collectivité. Dans cette perspective la simple nouveauté d'un résultat, même obtenu à la suite d'une dépense d'énergie, de travail et d'argent, ne représentera jamais la contrepartie suffisante à la concession d'un monopole d'exploitation. Les industriels devront donc chercher ailleurs les moyens de défense contre l'imitation de leur production : la répression de la copie servile relève en effet du domaine de la concurrence déloyale qui ne confère aucun droit subjectif, qui ne garantit pas le respect des situations acquises, mais qui vise à interdire certains actes réputés contraires à la bonne foi, à la loyauté commerciale ⁶⁸.

⁶⁶ En faveur de l'abolition de la loi du 6 juin 1891 voir notamment Liedle : Schutz für Gebrauchsmuster. GRUR 1948, p. 24 ; et Weidlich : Brauchen wir ein Gebrauchsmustergesetz ? GRUR 1948, p. 240. Avec l'introduction en Allemagne de l'examen différé, les lenteurs de la procédure de l'examen préalable ne peuvent plus être invoquées pour justifier l'existence de la loi sur les modèles d'utilité ; voir sur ce point Reimer, *op. cit.*, Vorbemerkungen, p. 1824 et suiv.

⁶⁷ Voir dans ce sens Fischer : Entspricht das Gebrauchsmustergesetz einem Bedürfnis der Industrie ? GRUR 1914, p. 237. Bunke, *op. cit.*, note 63, et Conradt, *op. cit.*, note 62. En Italie Attilio Luzzato paraît se contenter de la simple nouveauté. Voir Att. Luzzato : La novità intrinseca nei modelli di utilità. Riv. propr. int. e ind. 1952, p. 335 et suiv.

⁶⁸ Voir *supra* n° 64.

*Section III :*L'INSTITUTION DU MODÈLE D'UTILITÉ
DANS LA PRATIQUE§ 1. LES TERMES DE L'ALTERNATIVE : PROTECTION DE LA FORME
OU PROTECTION DE L'IDÉE.

104. Les contradictions que cet exposé des principales théories relatives à la nature du modèle d'utilité a révélées, vont naturellement se manifester au stade de l'application pratique des normes régissant cette institution. Les décisions jurisprudentielles semblent aller un peu dans toutes les directions. Un arrêt italien a même dit à propos du modèle d'utilité qu'il protégeait la forme et la fonction d'un dispositif⁶⁹, ce qui indique à quel point la confusion des notions est grande. L'absence d'une définition claire de l'objet du droit conduit nécessairement à de tels contresens.

Si l'on se réfère aux travaux préparatoires, notamment à l'exposé des motifs de la loi allemande du 6 juin 1891, on constate que le législateur n'a jamais adopté à l'égard du modèle d'utilité une position bien nette. Certes la promulgation de la loi sur les modèles d'utilité avait pour but de combler la prétendue lacune que la décision du Reichsoberhandelsgericht avait créée. Sur ce point tout le monde était d'accord. Partant du principe que la forme donnée à un objet industriel peut répondre soit à des considérations d'ordre esthétique, soit à des impératifs de nature technique, on aurait dû en bonne logique limiter le champ d'application de la loi aux innovations portant sur la configuration d'un objet d'usage ou d'un instrument de travail. Or, et en plus de ces améliorations qui touchent à la forme des produits, l'exposé des motifs mentionne également la construction, interprétée dans le sens d'une innovation concernant le principe d'assemblage des parties d'un objet⁷⁰. Avec la protection des constructions, c'est déjà l'idée abstraite qui tombe sous le coup du régime des modèles d'utilité⁷¹.

⁶⁹ Tribunal Milan 20 octobre 1966. Riv. dir. Ind. 1967 II, p. 200.

⁷⁰ Avec la construction, l'exposé des motifs vise ici non pas la partie composante d'une invention mais un type particulier d'inventions. Il donne comme exemple le principe d'assemblage d'une cabane qui doit faciliter les opérations de montage et de démontage. Voir exposé des motifs dans Reimer, *op. cit.*, Vorbemerkungen, p. 1821 et suiv. Voir aussi les différents sens du terme « construction » n° 39 *supra*.

⁷¹ Dans ce sens Schanze : Begriff des Gebrauchsmusters. GRUR 1900, p. 242.

Protection de la forme ou protection de l'idée, tels sont en réalité les termes de l'alternative que le législateur allemand n'a pas pu ou n'a pas voulu trancher. Certes l'article 1^{er} de la loi allemande définit le modèle d'utilité comme un objet d'usage, un instrument de travail dont la performance a été améliorée par une configuration, une disposition ou un dispositif nouveau. Il faut donc selon cet article, que l'innovation se manifeste dans une forme concrète. Mais cette condition ne résout de loin pas tous les problèmes qui s'attachent à la nature du modèle d'utilité. Deux options ont été en effet envisagées : l'exigence d'une forme concrète, soit de la représentation de l'innovation dans un modèle — *Modellfähigkeit* — peut s'interpréter comme une condition de protection prévue par la loi sans pour autant constituer l'essentiel de la création qui sera susceptible de se réaliser dans d'autres configurations. Dans cette perspective, le modèle d'utilité va s'identifier au brevet de produit dans l'acception restrictive du droit allemand — *Erzeugnispatent* —. La présence obligatoire d'une forme déterminée — *Bestimmtheit der Raumform* — entraîne alors comme unique conséquence l'exclusion du régime des modèles d'utilité, des inventions dites de procédés et de celles portant sur des substances informes — gaz, liquides, etc. — ⁷².

Mais l'article 1^{er} de la loi de 1891 se prête également à une interprétation qui répond aux enseignements de Kohler. Dans cette perspective, pour bénéficier de la protection légale, l'inventeur devra avoir résolu le problème technique posé en ayant recours à des moyens relevant du domaine de la forme. Il faudra donc que la forme enregistrée comme modèle d'utilité soit la cause directe, immédiate de l'avantage pratique obtenu ⁷³. Nous avons déjà souligné le caractère artificiel d'une

⁷² Voir dans ce sens Benkard, *op. cit.*, *Gebrauchsmustergesetz* ad § 1. Anm. 2 et 3, 1068 ; et Reimer, *op. cit.* ad § 1. Anm. 4, p. 1829. Isay, *op. cit.* ad § 1. Anm. 12 et suiv., p. 609 et suiv. Trustedt : *Gebrauchsmuster und ihre Anmeldung*. München-Cologne-Berlin 1957, p. 27 et suiv. ; *id.* : *Das Gebrauchsmuster im Verletzungstreit*. GRUR 1954, p. 244 et suiv. ; *id.* : *Zum Thema « Erfindungshöhe »*. GRUR 1958, p. 309 et suiv. Tetzner, *op. cit.*, *Gebrauchsmustergesetz* ad § 1. Anm. 16, p. 625. Osterrieth, *op. cit.*, *Gebrauchsmusterrecht*, p. 165 et suiv. Dans cette conception, le modèle d'utilité ne se distinguerait en rien du brevet d'invention tel que la Suisse le connaissait sous l'empire de la loi du 29 juin 1888. Aux termes de l'article premier de cette loi, pour être protégeable, l'invention devait être représentée dans un modèle. Sur les motifs de l'adoption puis de la suppression d'une telle condition, voir Message du Conseil fédéral du 20 janvier 1888 et du 13 nov. 1903, FF I 1888, p. 14 et suiv., et FF V 1903, p. 49 et suiv.

⁷³ Voir dans ce sens Kohler : *Handbuch*, p. 107 et suiv. Cantor, *op. cit.*, p. 26 et suiv., p. 199 et suiv. Allfeld, *op. cit.*, p. 373 et suiv. Robolsky : *Das Gesetz betreffend den Schutz von Gebrauchsmustern vom 1. Juni 1891*. Berlin 1905, p. 36 et suiv. Seligsohn, *op. cit.* ad § 1. Anm. 3, p. 464 et suiv. Weber, *op. cit.*, p. 11 et suiv. Davidson : *Begrenzung des Begriffes « Gebrauchsmuster » im Sinne des Reichsgesetzes vom 1. Juni 1891*. GRUR 1898, p. 225 et suiv. Busse, *op. cit.*, *Gebrauchsmustergesetz* ad § 1. Anm. 1, p. 682 et suiv. ; *id.* : *Probleme des Gebrauchsmusterrechts*. GRUR 1952, p. 123, 125 et suiv.

telle conception. Nous pouvons ajouter, qu'appliquée à la lettre, elle réduit considérablement la portée de la loi puisqu'elle limite son application aux seules formes dites techniquement nécessaires dont la présence est liée à un effet technique déterminé et qui ne peuvent être modifiées sans que celui-ci ne soit altéré ⁷⁴.

Les solutions apportées par les tribunaux allemands aux litiges concernant l'application de la loi du 6 juin 1891 reflètent l'une et l'autre, ces tendances. Les contradictions apparaissent donc inévitables. L'exposé qui va suivre doit les mettre en relief. Pour éviter des répétitions inutiles nous concentrerons notre étude sur le droit allemand, encore que le droit italien ne sera pas totalement ignoré.

§ 2. LE BIEN PROTÉGÉ PAR LE DROIT DES MODÈLES D'UTILITÉ.

105. Aux termes du § 1 de la loi allemande sur les modèles d'utilité il faut, pour qu'une production puisse prétendre à la protection légale :

- a) qu'il s'agisse d'un objet d'usage ou d'un instrument de travail
- b) dont le rendement ou la performance a été améliorée
- c) par une configuration, une disposition ou un dispositif
- d) qui soit nouveau et original.

C'est en se fondant sur les éléments décrits aux lettres a) et c) que doctrine et jurisprudence ont conclu que le bien protégé par le régime des modèles d'utilité devait être représenté dans une forme concrète ⁷⁵. En réalité les termes « instrument de travail », « objet d'usage » renvoient au genre du support matériel qui doit objectiver la création, alors que par les expressions « configuration », « disposition » ou « dispositif » le législateur a prévu de quelle manière l'innovation devait se manifester ⁷⁶. En d'autres termes, le bien protégé par un modèle d'utilité est défini par deux conditions dont l'une, le genre auquel doit appartenir le support matériel, se rattache à un élément de nature corporelle ⁷⁷.

⁷⁵ Voir note 654, 1^{re} Partie, chap. III.

⁷⁶ Voir notamment Weber, *op. cit.*, p. 10 et suiv.

⁷⁷ Voir Hesse : Die Einheitlichkeit der Raumform im Gebrauchsmusterrecht. GRUR 1967, p. 329. BGH 30 janvier 1964. BGHZ 44, p. 263, 271 à propos d'un circuit électrique.

⁷⁷ L'objet d'usage et l'instrument de travail de même que la « Modellfähigkeit » sont des conditions absolues de protection par opposition aux conditions de nouveauté, niveau inventif, progrès technique. Seules les conditions absolues de protection peuvent faire l'objet d'un examen par l'office des brevets. Voir Schlitzberger : Die jüngere Entwicklung auf dem Gebiet des Gebrauchsmusterrechts. GRUR 1968, p. 101 et suiv. Trustedt : Gebrauchsmuster und ihre Anmeldung, p. 26 et suiv.

A) *L'objet d'usage et l'instrument de travail.*

106. Selon la doctrine et la jurisprudence allemande, une chose corporelle constitue un objet d'usage ou un instrument de travail lorsqu'elle peut être déplacée et manipulée par la main de l'homme — Transportbarkeit, Handhabung —. Cette condition exclut par conséquent du champ d'application de la loi les innovations techniques qui se réalisent dans des immeubles⁷⁸. L'exposé des motifs avait donné un autre caractère distinctif de l'objet d'usage ou de l'instrument de travail et qui avait trait à la simplicité de son mécanisme. Aux outils et dispositifs simples et faciles à comprendre, le législateur avait opposé les machines complexes, composées de plusieurs organes agissant réciproquement les uns sur les autres et les installations — Anlagen — réunissant un certain nombre de dispositifs accomplissant chacun une fonction indépendante en vue d'un but commun⁷⁹.

La protection des machines par le droit des modèles d'utilité a été pendant longtemps un sujet controversé⁸⁰. Dans une première période, le problème a été tranché par l'application du critère de la simplicité. Le Tribunal d'Empire a pu ainsi juger qu'un appareil destiné à pasteuriser la bière ne pouvait faire l'objet d'un modèle d'utilité en raison de la complexité de son mécanisme,⁸¹ alors que la simplicité de la forme extérieure d'un métier à tisser justifiait l'octroi de la protection légale⁸². Toutefois le recours au critère de la simplicité pour distinguer l'objet d'usage, l'instrument de travail de la machine était par trop schématique et dans certains cas devenait purement arbitraire⁸³. Certains auteurs ont alors proposé de définir juridiquement la machine d'après le sens commun du terme⁸⁴. D'autres auteurs ont préconisé l'application du critère de Kohler, recherchant ainsi si le dispositif mettait en œuvre ou non des forces de la nature⁸⁵. Toutes ces opinions furent écartées car entretemps le Tribunal d'Empire avait affiné son jugement. Pour la Haute Cour allemande, le problème de la protection des machines par le régime des modèles d'utilité concernait

⁷⁸ Voir Reimer, *op. cit.* ad § 1. Anm. 8, p. 1836 et suiv. Benkard, *op. cit.* ad § 1. Anm. 15, p. 1075. Busse, *op. cit.* ad § 1. Anm. 2, p. 683, et la jurisprudence citée par les auteurs.

⁷⁹ Sur le problème posé par la définition des installations, voir notamment Reimer, *op. cit.* ad § 1. Anm. 15, p. 1844. Hesse, *op. cit.*, note 780.

⁸⁰ Pour éviter toute controverse, le droit italien a inclu les machines et leurs parties dans la définition légale de l'objet protégé. Voir *supra* n° 92.

⁸¹ RG 23 oct. 1895, RGZ 36 p. 16.

⁸² RG 17 février 1896, JW 1896 p. 122.

⁸³ Ainsi une montre est un objet d'usage quand bien même son mécanisme est fort complexe.

⁸⁴ Notamment Weber, *op. cit.*, p. 27 et suiv., critiqué par Meyer : Maschinen im Gebrauchsmusterrecht. GRUR 1939, p. 11.

⁸⁵ Robolsky, *op. cit.*, p. 16.

moins la définition du genre des objets d'usage que la condition de la représentation de l'innovation dans un modèle — *Modellfähigkeit*⁸⁶. Cette nouvelle approche a permis au Tribunal d'Empire de déclarer protégeable par un modèle d'utilité des parties de machines au demeurant fort complexes, telle par exemple la plaque d'une presse filtreuse caractérisée par la disposition originale de ses sillons d'écoulement⁸⁷ ou encore le mécanisme assurant la transmission de la force produite par le moteur d'un camion à une grue⁸⁸. Dans cette décision, le Tribunal d'Empire observait que ni le camion, ni la grue ne revendiquaient comme tel la protection légale. Le modèle d'utilité avait trait aux seuls éléments qui permettaient la transmission de la force du moteur à celle de la grue. Ainsi la condition de l'objet d'usage ou de l'instrument de travail passait nettement au second plan, tout l'accent étant mis sur la « *Modellfähigkeit* » de la nouveauté technique⁸⁹.

B) *La représentation de l'innovation dans une forme concrète.*

107. La condition de la représentation de la nouveauté technique dans une forme concrète résulte expressément des termes « Configuration », « Disposition », « Dispositif » figurant à l'article 1^{er} de la loi du 6 juin 1891. Le sens qu'il faut attribuer à ces diverses expressions est loin d'être bien défini. Robolsky⁹⁰ les juge toutes équivalentes ; en revanche Benkard confère à chacune d'entre elles une signification particulière. Selon cet auteur, par configuration il faudrait entendre les contours d'un objet qui en délimite la surface dans l'espace ; une disposition concernerait la position dans l'espace des différentes parties d'un objet. Enfin un dispositif serait la partie d'un appareil qui accomplirait d'une façon indépendante une fonction accessoire, par exemple le sifflet d'une marmite à vapeur⁹¹. Nous n'examinerons pas ici la pertinence de ces distinctions. Il suffira de relever que doctrine et jurisprudence ont été souvent en désaccord quant à la portée réelle de ces différentes expressions.

Ainsi qu'il l'a été exposé, la condition de la « *Modellfähigkeit* » de l'innovation ne précise pas le rôle véritable que doit jouer la forme dans le droit des modèles d'utilité, de sorte que plusieurs interpréta-

⁸⁶ Voir notamment Reimer, *op. cit.* ad § 1. Anm. 14, p. 1843. Isay, *op. cit.* ad § 1. Anm. 7, p. 605. Busse, *op. cit.* ad § 1. Anm. 2, p. 683. Tetzner, *op. cit.* ad § 1. Anm. 7, p. 620.

⁸⁷ RG 2 mai 1897, RGZ 39, p. 115.

⁸⁸ RG 10 juillet 1920. RGZ 100, p. 35 ; dans le même sens PA. 16 novembre 1938. GRUR 1939, p. 63 ; et 5 novembre 1941. GRUR 1942, p. 75.

⁸⁹ La condition d'objet d'usage et d'instrument de travail garde cependant toute sa valeur pour exclure de la portée de la loi les installations.

⁹⁰ *Op. cit.*, p. 14.

⁹¹ Benkard, *op. cit.* ad § 1. Anm. 19, p. 1078.

tions sont possibles : le courant doctrinal traditionnaliste exige que la forme soit typique, que le problème technique ait été résolu par le tracé même de la configuration⁹². La doctrine moderne soutient au contraire qu'il y a place pour un modèle d'utilité dès lors qu'une nouveauté technique peut être représentée dans l'espace, quel que soit par ailleurs le nombre des formes dans lesquelles elle est susceptible de se concrétiser⁹³. La jurisprudence du Tribunal d'Empire et celle de la Cour fédérale a constamment oscillé entre ces deux tendances dont l'une voit dans la forme la valeur nouvelle sanctionnée par l'octroi d'un modèle d'utilité alors que l'autre envisage cette institution comme protégeant la conception d'une idée technique nouvelle et originale réalisable toutefois dans une forme concrète. Pour illustrer ces contradictions jurisprudentielles, la condition de la « Modellfähigkeit » sera étudiée dans le contexte de trois applications pratiques : les procédés, les changements de matière, les circuits électriques.

a) *Les procédés.*

108. Par définition, les procédés devraient être exclus du domaine des modèles d'utilité car l'élément qui les caractérise, le déroulement dans le temps d'une succession d'opérations, n'est jamais représentable dans l'espace⁹⁴. Mais les procédés, ou du moins certaines de leurs étapes, peuvent se manifester sur le plan de la réalité matérielle ; dans cette hypothèse la jurisprudence a admis sans autre que la condition de la « Modellfähigkeit » était remplie. Il en résulte que même si apparemment le droit s'attache à une forme concrète, c'est bien le procédé qui fait en réalité l'objet de la protection légale.

La jurisprudence du Tribunal d'Empire relative à la protection des machines vient renforcer cette affirmation : les différents organes d'une machine traduisent corporellement un ensemble de principes mécaniques⁹⁵. En confirmant la validité de l'enregistrement comme modèle d'utilité d'une partie de machine, par exemple une plaque filtreuse, le Tribunal d'Empire protège en réalité, par le biais de ce régime, une fraction du déroulement du processus causal, une certaine séquence du rapport de causalité objectivée et cristallisée dans la machine⁹⁶.

⁹² Voir auteurs cités sous note 73 *supra*.

⁹³ Voir auteurs cités sous note 72 *supra*.

⁹⁴ Pour une définition du procédé, voir *supra* n° 30 et n° 31.

⁹⁵ Voir Ett. Luzzato : *Teoria*, p. 295. Van der Haeghen : *Les inventions mécaniques et le principe des équivalents*, p. 14 et suiv.

⁹⁶ RG 2 mai 1897. RGZ 39, p. 115. A propos d'un dispositif assurant la recharge automatique du tabac dans une machine fabriquant des cigarettes, le Tribunal d'Empire avait annulé l'enregistrement comme modèle d'utilité, du récipient dans lequel le tabac était conservé avant d'être consommé par la machine ; le Tribunal d'Empire jugeait en effet que la forme du récipient

L'organe, la forme corporelle n'est pas considérée pour elle-même, dans un moment statique, mais dans la perspective de l'effet à produire, c'est-à-dire d'après la fonction qu'il doit accomplir. C'est donc bien une règle abstraite et non une forme concrète qui est investie du droit conféré par le régime des modèles d'utilité.

Cette conclusion est tout aussi évidente lorsque le stade ultime, le résultat de l'application du procédé s'extériorisent dans une forme concrète. La plupart des procédés de fabrication vont en effet indirectement bénéficier de la protection légale grâce à l'enregistrement comme modèle d'utilité du produit qui en est issu. Naturellement certaines conditions afférentes au produit devront être remplies. Il faudra notamment que le produit se distingue des autres produits du même genre par une configuration, une disposition ou un dispositif nouveau et que cette innovation améliore la performance de l'objet⁹⁷. Mais il n'empêche que l'idée demeure toujours au premier plan. Cela est si vrai que le niveau inventif et le progrès technique s'apprécient toujours par rapport au procédé à l'exclusion du produit⁹⁸. On ne voit du reste pas comment il pourrait en être autrement puisque l'élément original se situe toujours au stade de la fabrication du produit⁹⁹. Certes le régime des modèles d'utilité n'a pas perdu toute attache avec la forme, le produit devant se différencier par certaines caractéristiques corporelles des produits du même genre. Toutefois les exigences posées par la

n'était pas déterminante pour l'obtention de l'avantage pratique qui aurait pu être réalisé par n'importe quelle autre forme (« sein Dasein, nicht seine Form ist entscheidend für den Zusammenhang der Maschine »). Voir RG 13 mai 1933. GRUR 1933, p. 643, 644. En réalité ce qui distingue cet exemple de celui de la plaque d'une presse filtreuse, c'est que dans le premier cas les possibilités de modifier la forme paraissent illimitées alors que dans le second elles sont très réduites. Mais dans les deux hypothèses, c'est toujours un procédé qui est au premier plan.

⁹⁷ Voir Trustedt : Gebrauchsmuster und ihre Anmeldung, p. 32 et suiv. Busse : Probleme des Gebrauchsmusterrechts. GRUR 1952, p. 127. Tetzner, *op. cit.* ad § 1. Anm. 19, p. 628. Voir aussi RG 19 janvier 1897 JW 1897 p. 474 à propos d'un procédé de fabrication de supports de services en un seul jet, augmentant ainsi la solidité de l'objet ; 9 avril 1930 RGZ 128, p. 205, à propos d'un procédé de fabrication de roulement à billes dans un nouvel alliage ; 11 février 1933. GRUR 1933, p. 307, à propos d'un procédé de fabrication d'une épingle permettant une fabrication à meilleur prix. En revanche le Tribunal d'Empire a annulé l'enregistrement d'un modèle d'utilité portant indirectement sur un procédé de fabrication d'un condensateur par la méthode du bobinage permettant ainsi une fabrication en série, mais ne déterminant aucune modification de forme susceptible d'augmenter le rendement de l'objet. RG 22 mai 1909, RGZ 71, p. 95. Voir aussi RG 9 juin 1937, GRUR 1938, p. 393, relatif à un procédé de fabrication de charnière.

⁹⁸ RG 11 février 1933. GRUR 1933, p. 307. Voir aussi RG 18 avril 1936. Bl. 1936, p. 168 ; 29 juin 1937, Bl. 1938, p. 193.

⁹⁹ Il en va de même pour le brevet de produit en matière de brevets d'invention. Voir sur ce point les considérations intéressantes développées par Franzosi, *op. cit.*, p. 251 et suiv.

jurisprudence relatives à la nouveauté de la configuration, de la disposition ou du dispositif sont peu sévères. Par rapport aux antériorités, l'objet ne doit pas présenter des différences formelles très marquées ; celles-ci n'ont pas à être constatées de l'extérieur et peuvent être établies après démontage de l'objet. Enfin il n'est pas nécessaire que la nouveauté de la forme soit directement perceptible par les sens. A cette fin, le recours à un appareil — par exemple les rayons Röntgen — satisfait pleinement cette condition¹⁰⁰. Avec cette interprétation libérale de la « Modellfähigkeit » seuls les procédés de fabrication d'une substance informe et ceux qui modifient l'état d'un produit sans y laisser de traces matérielles — Arbeitsverfahren — paraissent exclus du champ d'application de la loi du 6 juin 1891¹⁰¹.

b) *Les changements de matière.*

109. Le rendement d'un objet d'usage ou d'un instrument de travail peut être amélioré non seulement à la suite d'une modification de sa configuration mais encore par un changement de matière. Ainsi tel appareil réalisé jusqu'alors dans un métal quelconque deviendra plus souple, plus flexible s'il est fabriqué en aluminium. La question qui s'est posée dès la promulgation de la loi du 1^{er} juin 1891 fut celle de savoir si le choix d'une matière nouvelle qui améliorerait la performance d'un objet pouvait à lui seul justifier l'enregistrement d'un modèle d'utilité. Il est assez curieux de constater que la doctrine traditionnelle, celle qui voit une différence d'ordre qualitatif entre l'institution du brevet d'invention et celle du modèle d'utilité, a résolu ce problème par l'affirmative. Par exemple Joseph Kohler estimait que la matière relevait du domaine de la forme lorsqu'elle passait de l'état brut à celui d'objet fabriqué¹⁰². La thèse de Kohler, nous l'avons dit, est quelque peu paradoxale : la matière brute possède certaines propriétés physiques ou chimiques qu'elle conserve lorsqu'elle est travaillée. Ces propriétés, ces forces naturelles inactives vont alors déterminer le choix de la matière dans laquelle l'objet sera fabriqué. On utilisera ainsi l'aluminium parce que l'on désire donner à un instrument une certaine souplesse. Lorsqu'il façonne la matière dans un but déterminé, l'homme exerce toujours,

¹⁰⁰ RG 9 avril 1930, RGZ 128, p. 205, 209. Voir aussi Isay, *op. cit.* ad § 1. Anm. 4, p. 603.

¹⁰¹ Par exemple un procédé pour l'amélioration de la conservation de grains de café. RG 29 janvier 1900, RG 46, p. 1 et suiv. Voir aussi RG 3 mars 1897, RGZ 39, p. 6, à propos d'un procédé de fabrication de tuyaux en porcelaine qui avaient été fendus sur la moitié pour faciliter les opérations de la fonte. Voir aussi les exemples cités par Trustedt : Gebrauchsmuster und ihre Anmeldung, p. 31.

¹⁰² J. Kohler, *Musterrecht*, p. 61 ; *id.* : *Handbuch*, p. 109. Dans le même sens Cantor, *op. cit.*, p. 160. Robolsky, *op. cit.*, p. 11 et suiv. Seligsohn, *op. cit.* ad § 1. Anm. 6, p. 468. Weber, *op. cit.*, p. 21.

au travers de cette dernière, une action sur les forces de la nature¹⁰³. En assimilant la matière dont l'objet est fabriqué à la forme, Joseph Kohler rend donc caduque la distinction qu'il avait élaborée entre la « Raumformerfindung » et la « Naturkraftefindung ».

Selon la jurisprudence du Tribunal d'Empire, le changement de matière est assimilé à une disposition nouvelle — Anordnung — de l'objet d'usage de sorte que celui-ci peut être enregistré comme modèle d'utilité sans que sa forme extérieure ait été modifiée¹⁰⁴. Pour bénéficier de la protection légale, le choix d'une nouvelle matière doit être la cause de l'avantage pratique obtenu et démontrer une certaine originalité, c'est-à-dire ne pas être à la portée du spécialiste moyen¹⁰⁵. En appliquant la loi sur les modèles d'utilité à tout changement original de matière, c'est en réalité un procédé de fabrication qui se trouve indirectement protégé. Certes la condition de la représentation dans l'espace de l'innovation n'est pas abandonnée, mais elle a été tellement atténuée par la jurisprudence qu'il paraît bien difficile de concevoir des situations où elle ne serait pas remplie. Ainsi, à propos d'un film recouvert d'une mince pellicule de laque destinée à le protéger contre les chocs, le Tribunal d'Empire a jugé que la nouvelle matière, en l'occurrence la laque, pouvait ne pas être perceptible par les sens : il suffisait que l'avantage pratique résultant de son utilisation soit apparent¹⁰⁶.

La protection de l'emploi des matières nouvelles par le droit des modèles d'utilité est un autre exemple du caractère artificiel de cette institution. Jusqu'à ce jour les tribunaux allemands se sont toujours refusés à concéder un modèle d'utilité pour une matière indépendamment de son utilisation dans un objet déterminé. Seules les « feste

¹⁰³ Voir dans ce sens Troller : Immaterialgüterrecht, vol. I, p. 62. Voir aussi n° 38 *supra*.

¹⁰⁴ Voir notamment RG 8 juillet 1895, RGZ 35, p. 90, à propos de baleines artificielles en aluminium, et RG 19 février 1898, RG 41, p. 37, relatif à un miroir permettant d'examiner les intestins.

¹⁰⁵ Voir note 104. Voir aussi RG 16 février 1901, RGZ 48, p. 21, où le Tribunal d'Empire a jugé que l'emploi nouveau de l'aluminium pour la fabrication de formes de chaussures n'était pas originale car les propriétés de cette matière — souplesse — étaient connues de tout homme de métier ayant une bonne formation : en revanche la fabrication d'un piolet dans un nouvel alliage, permettant ainsi une production meilleur marché, a été déclarée protégeable par le Tribunal d'Empire, car l'avantage découlant de l'utilisation de cette matière n'était pas évident. RG 6 février 1915, RGZ 86, p. 226. Dans le même sens RG 20 janvier 1937, GRUR 1937, p. 557, relatif à un film recouvert d'une pellicule de laque ; et RG 30 juin 1935, GRUR 1935, p. 741, relatif à un appareil pour nettoyer des meubles.

¹⁰⁶ RG 20 janvier 1937, GRUR 1937, p. 556 ; dans le même sens RG 17 février 1914, RGZ 84, p. 65, à propos de l'emploi d'une colle d'une consistance spéciale permettant de fixer deux étoffes ; et BGH 3 oct. 1968, BGHZ 51, p. 9, à propos d'un billet de loterie imprégné d'une encre soluble permettant ainsi de déceler les fraudes.

Stoffe », c'est-à-dire les matières qui sont circonscrites par une configuration donnée peuvent prétendre à la protection légale. Or on voit mal en quoi réside la différence entre une matière travaillée et une matière à l'état brut, par exemple entre une valise en cuir synthétique et un mètre de cette même matière¹⁰⁷. En enregistrant comme modèle d'utilité, une pluralité d'objets fabriqués tous dans une matière identique, on en arrive à protéger indirectement cette dernière sans tenir compte d'un emploi particulier. C'est alors une substance informe qui fait en réalité l'objet du modèle d'utilité et cela contrairement à la définition du bien protégé par le § 1 de la loi.

c) *Les circuits électriques.*

110. Les innovations techniques touchant au domaine de l'électricité jouent un rôle fondamental dans l'industrie. Le fonctionnement de la plupart des objets de la vie courante — télévision, radio, appareils électro-ménagers — dépend en effet de l'utilisation de cette force naturelle. Une des questions les plus délicates qui se soient posées aux tribunaux allemands fut celle de savoir si une nouveauté permettant une utilisation plus rationnelle de la force électrique dans un objet d'usage, améliorant ainsi son rendement, pouvait faire l'objet d'un modèle d'utilité. Le problème de la protection des circuits électriques — elektrische Schaltung — paraît aujourd'hui avoir été entièrement résolu par la Cour fédérale allemande qui, dans une décision récente et longuement motivée, les a exclus du champ d'application de la loi du 1^{er} juin 1891¹⁰⁸. Cet arrêt revêt une importance capitale pour la définition du bien protégé par le régime des modèles d'utilité ; aussi mérite-t-il qu'on s'y arrête quelque peu. Doctrine et jurisprudence attribuent aux termes « circuit électrique » une triple signification. Dans un premier sens il identifie l'idée technique, la règle qui prescrit que pour obtenir un courant d'une qualité déterminée il faut établir certains contacts électriques — Schaltprinzip —. Dans un second sens il indique la représentation de cette idée technique dans une forme de communication qui doit permettre à l'homme de métier de réaliser l'innovation, — Schaltbild —. Enfin dans sa dernière acception, le terme « circuit électrique » désigne la réalisation concrète de l'idée dans un objet d'usage. Celui-ci comprendra en général plusieurs organes — résistance, condensateur, transistor, transformateur, etc. — Schaltselement — disposés de manière à pouvoir diriger le courant dans une direction précise. La construction matérielle de l'objet, c'est-à-dire l'arrangement des diffé-

¹⁰⁷ Voir sur ce point Trustedt : Gebrauchsmuster und ihre Anmeldung, p. 35. E. Reimer : Die Notwendigkeit der Gebrauchsmusterzeichnung. GRUR 1941, p. 48.

¹⁰⁸ BGH 30 janvier 1967. BGHZ 42, p. 263.

rentes parties du circuit dans un ordre déterminé de même que leur réunion au moyen de fils n'implique de la part du technicien aucune activité inventive car tous les éléments constitutifs de l'idée technique sont représentés symboliquement dans le « Schaltschema » de façon à pouvoir être traduits dans la réalité. C'est donc au niveau du « Schaltprinzip », lorsque l'idée est originale, que les problèmes vont se poser ¹⁰⁹.

Dans une jurisprudence constante, l'office des brevets a toujours exclu les circuits électriques du champ d'application de la loi sur les modèles d'utilité. Les motifs invoqués à l'appui de ce refus de protection ont cependant varié au cours des décisions. L'office des brevets a tout d'abord admis d'une façon générale que les circuits électriques ne satisfaisaient pas à la condition de la « Modellfähigkeit » ¹¹⁰. Il a ensuite fait dépendre l'octroi de la protection de la plus ou moins grande complexité de l'objet d'usage auquel le circuit était incorporé ¹¹¹. Enfin, dans une affaire relative à un téléviseur caractérisé par un dispositif permettant de stabiliser la hauteur de l'image, l'office rejeta la demande d'enregistrement du modèle parce que la forme dans laquelle se réalisait le circuit électrique n'était pas suffisamment déterminée : la règle technique qui prescrivait comment la hauteur de l'image devait être stabilisée n'était pas liée à une seule application mais pouvait se concrétiser dans de multiples formes d'exécution ¹¹². En quelque sorte, avec cette décision, l'office fédéral des brevets limitait la portée de la loi aux seules formes dites techniquement nécessaires. Cette décision suscita de nombreuses critiques : certains auteurs firent observer que cette interprétation restrictive de la « Modellfähigkeit » cadrait mal avec les principes appliqués par le Tribunal d'Empire puis par la Cour fédérale quant à la délimitation de l'étendue de la protection conférée par l'enregistrement du modèle. Si, comme l'ont maintes fois jugé les tribunaux allemands, la zone d'exclusivité couverte par un modèle d'utilité s'étend à des formes d'exécution qui n'ont pas été indiquées dans la revendication mais qui en découlent implicitement, il semble illogique, estimait cette même doctrine, d'exiger que l'amélioration de la performance de l'objet soit due à une réalisation concrète strictement déterminée quant à sa forme et ses dimensions ¹¹³. L'argument était de taille

¹⁰⁹ Voir Walther : Gesichtspunkte für die Bewertung der Gebrauchsmustersfähigkeit von elektrischen Schaltungen. GRUR 1962, p. 221. Reimer, *op. cit.* ad § 1. Anm. 13, p. 1840.

¹¹⁰ RPA 16 avril 1943. GRUR 1943, p. 296.

¹¹¹ DPA 13 novembre 1958 Bl. 1959, p. 10.

¹¹² DPA 5 septembre 1960 Bl. 1960, p. 339.

¹¹³ Voir dans ce sens C. Reinländer : Zur Gebrauchsmusterfähigkeit elektrischer Schaltungen. GRUR 1961, p. 389. K. Schips : Die Gebrauchsmusterfähigkeit von Schaltungen. GRUR 1959, p. 229. Voir aussi Mediger : Die verkaufte Schaltung. GRUR 1961, p. 164. Sur la délimitation de l'étendue de la protection conférée par l'enregistrement d'un modèle d'utilité voir notamment BGH 2 novembre 1956. GRUR 1957, p. 270 ; voir aussi *infra* n° 116.

et remettait en question les fondements mêmes de la loi sur les modèles d'utilité. Aussi la décision de la Cour fédérale allait-elle revêtir une signification particulièrement importante.

Dans cette affaire, la Cour fédérale devait apprécier la validité d'un modèle d'utilité enregistré pour un circuit électrique composé d'un amplificateur, d'un transistor, d'un haut-parleur et d'une batterie. Pour éviter les inconvénients résultant des fluctuations de température et pour améliorer entre autre la performance du haut-parleur et de la batterie, le déposant avait imaginé de fixer le degré de résistance au courant continu de telle manière que la chute de tension du courant représente la moitié de l'énergie qui l'alimente. Le défendeur alléguait que la solution proposée par le déposant ne faisait intervenir aucun moyen corporel car l'effet obtenu dépendait uniquement du degré de résistance au courant continu. Cette solution était susceptible de se réaliser dans diverses formes d'exécution : on pouvait soit allonger les fils qui réunissaient les différentes parties du circuit, soit en diminuer l'épaisseur ¹¹⁴. La Cour fédérale donna gain de cause au défendeur : elle releva que ce que revendiquait le déposant n'était pas une construction particulière de l'objet dont l'importance était toute relative, mais bien une combinaison de moyens appartenant au domaine de l'électricité. L'innovation se caractérisait par des éléments de nature électrique — elektrische Merkmale — et non par des organes ayant une structure corporelle représentable dans l'espace — räumliche körperliche Merkmale —. Or, selon la Cour fédérale, seuls des éléments de cette nature pouvaient revendiquer la protection de la loi du 1^{er} juin 1891. En définissant au § 1 de la loi le bien protégé par un modèle d'utilité comme un objet d'usage ou un instrument de travail dont la performance a été améliorée par une configuration, une disposition ou un dispositif nouveau, le législateur n'a en réalité voulu viser que les innovations qui relèvent du domaine de la mécanique, branche technique qui traite de l'équilibre et du mouvement des corps. Il faut donc, estime la Cour fédérale, qu'il y ait un rapport direct entre l'avantage pratique obtenu et la structure corporelle des organes qui font l'objet de l'enregistrement. Avec le circuit électrique cette condition n'est pas remplie, car l'armature corporelle ne possède qu'une signification secondaire par rapport à la combinaison des éléments électriques qui constituent la véritable essence de l'innovation. Il est vrai, ajoute la Cour fédérale, que la portée du modèle d'utilité ne s'épuise pas dans le seul exemple déposé à l'appui de la demande d'enregistrement et que dès lors le déposant peut revendiquer un certain nombre de formes d'exécution. Mais il n'en demeure pas moins que toutes ces formes obéissent à un principe géométrique ou mécanique qui leur est commun, ce qui est loin d'être le cas pour

¹¹⁴ BGHZ 42, p. 270.

les formes d'exécution des nouveautés électriques qui ne se laissent pas circonscrire par un principe de ce genre ¹¹⁵.

En annulant l'enregistrement du modèle d'utilité, la Cour fédérale n'a toutefois pas suivi les conclusions de l'Office fédéral des brevets. L'exclusion des circuits électriques du champ d'application de la loi sur les modèles d'utilité ne doit être fondée, considère la Cour, sur le caractère plus ou moins déterminé de la forme dans laquelle se réalise l'invention. Un tel critère introduit un élément d'insécurité car il fait dépendre l'octroi de la protection légale du nombre des possibilités de varier les formes d'exécution de l'innovation. Or ce nombre ne peut jamais être déterminé par avance. Si donc les circuits électriques ne peuvent bénéficier de la protection conférée par le régime des modèles d'utilité, c'est uniquement parce qu'étant des nouveautés appartenant au domaine de l'électricité, ils ne sont susceptibles d'aucune représentation dans l'espace et non parce que la condition d'une forme concrète suffisamment déterminée ferait défaut ¹¹⁶. L'intérêt de cette décision pour l'interprétation de la « Modellfähigkeit » est évident. La position de la Cour fédérale se situe à mi-chemin entre les conceptions traditionnelles et les options prises par la doctrine moderne ¹¹⁷. La Cour fédérale ne lie plus l'octroi de la protection à la présence d'une seule réalisation strictement déterminée quant à sa forme et ses dimensions ; par là elle s'éloigne de la doctrine classique puisque l'idée ¹¹⁸ et non la forme constitue pour elle le bien protégé par le régime des modèles d'utilité. Toutefois la Cour fédérale n'adhère pas complètement aux thèses de la doctrine moderne, car en excluant les circuits électriques du droit des modèles d'utilité, elle limite considérablement le genre des innovations techniques qui peuvent se réclamer de ce régime.

La distinction opérée par la Cour fédérale entre les nouveautés mécaniques et électriques n'est guère convaincante tant sur un plan théorique que sur celui du droit positif. Pour la Cour fédérale, l'argument décisif paraît être le fait que les innovations électriques peuvent être représentées dans un schéma abstrait — forme de communication — indépendamment de toute réalisation corporelle localisable dans l'espace — forme d'exécution —. Mais cette affirmation vaut également pour la plupart des règles techniques quel que soit le domaine concerné. Ainsi l'invention mécanique concrétisée matériellement dans une machine définissable spatialement, s'exprime intellectuellement par une repré-

¹¹⁵ BGHZ 42, p. 286. Dans le même sens Walther, *op. cit.*, p. 226.

¹¹⁶ BGHZ 42, p. 294.

¹¹⁷ Voir n° 99 et n° 102 *supra*.

¹¹⁸ La Cour fédérale caractérise le bien protégé par un modèle d'utilité par le terme « Raumformgedanke » qui en soi est contradictoire. La forme et l'idée, le concret et l'abstraction sont antinomiques et ne peuvent cohabiter dans une expression. Voir sur ce point Winkler : Die Gebrauchsmusterverletzung im Vergleich zur Patentverletzung. GRUR 1958, p. 205, 210.

sensation abstraite qui indique par des symboles les rapports de forces — vecteurs —, la position d'équilibre des corps, etc...¹¹⁹. Certes les possibilités de varier les formes d'exécution apparaissent moins nombreuses en mécanique que dans le domaine de l'électricité mais il s'agit là précisément d'un élément que la Cour fédérale avait refusé de prendre en considération pour motiver sa décision. Toute innovation technique, à part quelques exceptions, peut donc être représentée abstraitement dans une forme de communication couvrant un ensemble de formes d'exécution dont le nombre variera selon l'appartenance de l'innovation à un domaine technique déterminé. Cette conclusion détruit les bases mêmes de la distinction établie par la Cour fédérale¹²⁰. Sur le plan du droit positif, la décision de la Cour est tout aussi discutable : on peut citer en effet un très grand nombre de cas où l'innovation sanctionnée par l'octroi d'un modèle d'utilité ne fait intervenir aucun facteur mécanique¹²¹.

§ 3. CONDITIONS FORMELLES DE LA PROTECTION.

111. Le droit qui découle de l'application du régime des modèles d'utilité ne s'acquiert pas du seul fait de la création. La loi exige en effet que l'innovation ait fait l'objet d'un enregistrement au Registre des modèles d'utilité. La procédure qui aboutit à cet enregistrement est analogue à celle prévue en matière de brevets d'invention si ce n'est que l'office n'examine pas si les conditions matérielles — nouveauté, niveau inventif, progrès technique — de la protection¹²² se trouvent réunies.

L'étude des formalités qui conduisent à l'enregistrement doit nous permettre de préciser encore la nature du bien soumis à la loi du 1^{er} juin 1891. Si cette institution ne protégeait qu'une création de forme, le dépôt d'un dessin ou d'un modèle, c'est-à-dire d'une représentation figurative de l'innovation à deux ou trois dimensions, aurait dû être jugé suffisant. L'image, à l'exclusion de toute description analytique s'adressant à l'intelligence, est seule susceptible d'exprimer une création dont la signification s'épuise dans une forme concrète. Or le législateur ne s'en est pas tenu à cette condition puisque même avant la réforme de 1936 il avait exigé que le dépôt de la demande contienne, en plus d'un modèle de l'innovation, une description indiquant par quelle confi-

¹¹⁹ Sur la forme de communication et d'exécution de l'invention, voir n° 81 et suiv. *supra*. Voir aussi Ett. Luzzato : *Teoria*, p. 295 ; et Van der Haeghen : *Les inventions mécaniques et le principe des équivalents*, p. 14 et suiv.

¹²⁰ Voir dans ce sens Rheinländer, Schips et Mediger cités sous note 113.

¹²¹ Voir notamment BGH 3 octobre 1968, BGHZ 51, p. 9, à propos d'un billet de loterie imprégné d'une encre soluble.

¹²² Sur la procédure d'enregistrement du modèle d'utilité, voir notamment Reimer, *op. cit.*, *Vorbemerkungen*, p. 1823.

guration, disposition ou dispositif nouveau la performance de l'objet avait été améliorée¹²³. Avec la réforme de 1936, les formalités que devait accomplir le déposant pour bénéficier de la protection légale furent sensiblement modifiées. Le système de la définition de l'innovation dans une revendication et des sous-revendications, facultatif sous l'empire de l'ancienne loi, était désormais obligatoire¹²⁴. En revanche et si l'innovation devait toujours faire l'objet d'une représentation figurative, celle-ci pouvait avoir lieu sous forme d'un dessin ou d'un modèle au gré du déposant. L'obligation d'annexer à la demande un dessin ou un modèle de l'innovation est donc la seule différence qui subsiste encore, depuis la réforme de 1936, entre les conditions formelles de protection du régime des modèles d'utilité et celles du droit des brevets d'invention¹²⁵. Toutefois le rôle de cette représentation figurative ne doit pas être surestimé. L'enregistrement reste valable quand bien même le dessin ne reproduirait pas toutes les caractéristiques de l'innovation pour laquelle la protection est réclamée. Cette dérogation au principe d'une représentation figurative semble d'autant plus légitime que certaines nouveautés techniques, tels les changements de matière, échappent à toute représentation par l'image¹²⁶. Inversement la protection ne peut être revendiquée pour des éléments qui, tout en résultant du dessin, n'ont pas fait l'objet d'une exposition suffisante dans la description de manière à pouvoir être exécutés par l'homme de métier¹²⁷.

Les conditions formelles de protection du modèle d'utilité révèlent donc bien l'essence véritable du bien protégé ! Comme n'importe quelle autre création technique, le modèle d'utilité doit être objectivé sur le plan intellectuel dans une forme de communication qui divulguera à l'intention des tiers la totalité du processus causal que la seule réali-

¹²³ La doctrine traditionnelle s'est élevée contre cette obligation : le modèle d'utilité est un objet simple dont la fonction peut être comprise par la perception de ses contours. Dès lors la description est inutile. Voir notamment Davidson : *Begrenzung des Begriffs « Gebrauchsmuster » im Sinne des Reichsgesetzes vom 1. Juni 1891*. GRUR 1898, p. 225.

¹²⁴ § 2 al. 2 de la loi du 1^{er} juin 1891. En revanche, en Italie la revendication paraît facultative ; voir Art. 3 al. 2 ch. 2 du décret royal contenant les dispositions réglementaires relatives aux brevets pour modèles industriels, du 31 octobre 1941.

¹²⁵ Cependant, dans le régime des brevets d'invention la primauté est donnée à la revendication alors que dans le droit des modèles d'utilité, dessins, revendication et description ont une valeur égale. Voir BGH 2 novembre 1956. GRUR 1957, p. 270 ; et 30 mai 1967. GRUR 1968, p. 86.

¹²⁶ RG 24 mai 1934. GRUR 1934, p. 336. Voir aussi Rainer : *Die Notwendigkeit der Gebrauchsmusterzeichnung*. GRUR 1941, p. 408.

¹²⁷ RG 2 octobre 1937, RGZ 155, p. 387. 3 novembre 1937, RGZ 156, p. 217. Dans un arrêt du 3 mai 1967, GRUR 1968, p. 86, la Cour fédérale a jugé que l'absence de dessins ne suffisait pas à elle seule pour fonder l'action en nullité du modèle, ce qui démontre le caractère accessoire de la représentation figurative.

sation matérielle serait bien incapable de traduire. L'idée technique dont la compréhension nécessite l'intervention du discours analytique, et non la forme perceptible par les sens apparaît ainsi être investie du droit conféré par ce régime ¹²⁸.

§ 4. LES CONDITIONS MATÉRIELLES DE LA PROTECTION.

112. Pour bénéficier de la protection légale, l'innovation technique enregistrée comme modèle d'utilité doit satisfaire aux conditions de la nouveauté, du niveau inventif et du progrès technique. Seules ces deux premières conditions intéressent notre débat sur la forme et l'idée : aussi n'examinerons-nous pas ici la condition du progrès technique au sujet de laquelle du reste nous ne pourrions que répéter les considérations développées en matière de brevets d'invention ¹²⁹.

A) *La nouveauté.*

113. Le seul point de droit matériel sur lequel le modèle d'utilité peut encore être distingué de l'invention technique a trait à la condition de la nouveauté. Certes, dans les deux régimes les antériorités sont définies par la loi de sorte qu'une production technique qui se différencie de ces dernières par certaines caractéristiques sera réputée nouvelle tant pour le droit des brevets d'invention que pour celui des modèles d'utilité. Mais la comparaison ne s'effectue pas sur les mêmes bases. Le droit des brevets d'invention ne s'attache pas à la structure corporelle des moyens mis en œuvre mais à la fonction qu'ils exercent dans la combinaison inventive. La nouveauté d'une invention devra donc être établie en tenant compte de la totalité du déroulement du processus causal, c'est-à-dire du lien moyen-résultat. L'application d'un

¹²⁸ Voir dans ce sens Rainer, *op. cit.*, sous note 126.

¹²⁹ Voir n° 57 et suiv. La condition du progrès technique renvoie donc au caractère technique de l'innovation qui prétend à la protection légale. Il faut relever que dans le régime des modèles d'utilité, le caractère technique s'apprécie de la même manière qu'en matière de brevets d'invention. Ainsi sont exclus de la protection légale les modèles qui concrétisent une méthode qui s'adresse à l'intelligence — *Anweisung an den menschlichen Geist*. Voir RG 26 mars 1902, RGZ 51, p. 142, à propos d'un barème figurant sur un manomètre ; 20 mars 1901, RGZ 48, p. 73, à propos d'un système de contrôle de la durée de travail par fiches ; 15 décembre 1926, RGZ 115, p. 128, à propos d'un système de classement ; PA 12 septembre 1950, GRUR 1951, p. 36, à propos d'un catalogue ; PA 24 avril 1951, GRUR 1951, p. 323, à propos de tables mathématiques destinées à contrôler le cycle ovarien de la femme ; PA 12 octobre 1912, GRUR 1952, à propos d'un système publicitaire caractérisé par l'insertion dans un roman de textes de réclame entre les péripéties de l'intrigue ; PA 18 février 1953, GRUR 1953, p. 174, à propos d'un album de timbres-poste. Voir aussi Trustedt, *op. cit.* ad § 1. Anm. 5, p. 1830 et suiv. Voir aussi n° 35.

moyen connu dans un autre domaine technique — invention de transposition, Anwendungserfindung — ou encore la découverte d'une nouvelle fonction d'un moyen connu — invention de fonction, Funktionserfindung —, est donc parfaitement brevetable si toutes les autres conditions sont remplies¹³⁰. Ainsi la connaissance d'une structure matérielle isolée du processus causal auquel elle appartient ne saurait à elle seule détruire la nouveauté¹³¹. Ce n'est que si un moyen connu a déjà été utilisé pour produire un effet technique identique ou analogue à celui décrit dans la demande de brevet qu'il pourra valoir comme antériorité¹³².

L'appréciation de la nouveauté du modèle devrait obéir aux mêmes principes puisque la forme de l'objet n'intéresse le droit qu'en fonction de l'avantage pratique auquel elle est associée. Pourtant cette solution n'est pas celle qui prévaut en droit positif allemand. Dans une jurisprudence constante, le Tribunal d'Empire a en effet jugé que l'application nouvelle d'une forme connue ne suffisait pas pour établir la nouveauté du modèle. La connaissance avant le dépôt de la demande d'une structure corporelle identique à celle qui a été enregistrée détruit la nouveauté du modèle, quelle que soit par ailleurs la nature de l'application qui en a été faite¹³³. On comprendra mieux cette particularité qui marque l'examen de la nouveauté du modèle d'utilité si l'on se réfère à une invention qui nous est familière, par exemple celle de Taubert. Il est vraisemblable que le dépôt de cette innovation, dans l'hypothèse de son enregistrement en Allemagne comme modèle d'utilité, aurait été annulé pour défaut de nouveauté : les fonds de boîtes de montres en forme de polygone étaient connus depuis longtemps dans l'industrie horlogère. Le fait que Taubert ait eu l'idée d'utiliser cette forme à des fins nouvelles — vissage du fond sur la carrure —¹³⁴, n'aurait pu valider son modèle, les caractéristiques formelles de son innovation ne se distinguant en rien de ses antériorités.

En matière de modèles d'utilité, la nouveauté s'établit donc sur la base d'une comparaison dans l'absolu de la forme avec ses antériorités sans considération de l'effet qui s'y rattache, ce qui paraît contraire à la définition du bien protégé. Si dans le droit des modèles d'utilité

¹³⁰ Sur ces deux types d'invention voir notamment Blum et Pedrazzini, *op. cit.* ad Art. 1. Anm. 33, p. 146, et Anm. 34, p. 149. Reimer, *op. cit.* ad § 1. Anm. 2, p. 9 et suiv. Franzosi, *op. cit.*, p. 119 et suiv.

¹³¹ ATF 14 septembre 1948 74 II 127 : d'une manière générale voir n° 32 *supra*.

¹³² Dans ce sens Blum et Pedrazzini, *op. cit.*, vol. I ad Art. 7, Anm. 6, p. 41.

¹³³ Voir RG 15 janvier 1898, RGZ 40, p. 143. 20 janvier 1900, RGZ 46, p. 1. 15 janvier 1902, RGZ 50, p. 124. 22 mai 1909, RGZ 71, p. 195. 27 janvier 1923, RGZ 106, p. 235. 23 janvier 1926, RGZ 114, p. 144. 24 nov. 1926, RGZ 115, p. 281. 9 avril 1930, RGZ 128, p. 205. 23 mars 1936, GRUR 1936, p. 430. 11 octobre 1938, GRUR 1939, p. 202.

¹³⁴ ATF 14 septembre 1948 74 II 127.

la signification de la forme est liée à la performance de l'objet, il semble illogique d'examiner la nouveauté sous le seul angle des caractéristiques formelles de l'ustensile en cause. En définissant le bien protégé par un modèle d'utilité comme une configuration, une disposition ou un dispositif nouveau améliorant le rendement d'un objet d'usage ou d'un instrument de travail, la loi met en réalité l'accent sur la nouvelle fonction assumée par la forme, c'est-à-dire sur une notion dynamique et non sur une entité statique. L'apport nouveau sanctionné par l'octroi du droit privatif est réalisé non pas par la conception originale du tracé des contours de l'objet mais par l'idée d'affecter la forme à une destination nouvelle. La structure visible de l'objet n'a donc qu'une valeur instrumentale, l'essentiel de la création résidant dans l'idée d'utiliser cette structure à telle fin particulière. Cela est si vrai que le Tribunal d'Empire a jugé d'une manière constante que si une forme connue avait été modifiée, même dans une mesure minime, pour être adaptée à un nouveau but, elle pourra faire l'objet de la protection légale, la condition de nouveauté étant en tout cas remplie¹³⁵. Les caractéristiques formelles de l'objet passent donc complètement au second plan. Elles ne devraient donc pas, à elles seules, déterminer l'issue des litiges relatifs à la nouveauté du modèle d'utilité. A cet égard, la jurisprudence du Tribunal d'Empire s'inscrit dans la ligne des théories traditionnelles qui paraissent aujourd'hui complètement dépassées¹³⁶.

B) *Le niveau inventif.*

114. Si pour des motifs que seule une étude historique de la loi du 1^{er} juin 1891 permet de comprendre, la jurisprudence allemande apprécie la nouveauté du modèle d'utilité en ne considérant que les seuls éléments formants de l'objet d'usage ou de l'instrument de travail, le jugement relatif au niveau inventif s'opère sur de toutes autres bases. Considérant que le bien protégé par un modèle d'utilité concerne en réalité la solution donnée à un problème technique, la logique commande que l'originalité de la prestation soit appréciée en fonction de l'idée et non de la forme qui l'objective dans la réalité matérielle. C'est du reste ce qu'a jugé à de nombreuses reprises le Tribunal d'Empire. Ainsi lorsqu'un modèle d'utilité a été enregistré pour le résultat final d'un procédé de fabrication, la Haute Cour allemande a mesuré le niveau inventif d'après le seul procédé¹³⁷. Cette méthode est du reste la seule possible car l'activité inventive, l'effort intellectuel est dirigé non pas sur les caractéris-

¹³⁵ Voir arrêts cités sous note 133.

¹³⁶ En Allemagne, Schramm : Der Patentverletzungsprozess, p. 9, estime que dans le régime des modèles d'utilité la nouveauté devrait être établie non pas dans l'absolu mais en tenant compte de l'effet technique auquel elle est associée. Dans le même sens Bonasi-Benucci, *op. cit.*, p. 313.

¹³⁷ Voir arrêts cités sous note 98.

tiques formelles du produit mais sur le procédé dont ces dernières sont issues. Bien plus et quelle que soit l'originalité de la forme dans laquelle se manifeste l'idée technique, la protection ne sera accordée que si cette idée n'était pas à la portée de l'homme de métier ayant une bonne formation¹³⁸.

§ 5. LA PORTÉE DU DROIT RÉSULTANT DE L'ENREGISTREMENT DU MODÈLE D'UTILITÉ.

115. Si l'étude du modèle d'utilité sous l'angle d'une définition du bien protégé peut laisser planer quelques doutes quant à la véritable nature de cette institution, toute hésitation disparaît lorsqu'on aborde le problème dans le cadre de l'étendue de la protection conférée par le droit. Ici l'antinomie de la forme et de l'idée paraît nettement tranchée en faveur du second terme de l'alternative. L'idée et non la forme fixe les limites de la zone d'exclusivité réservée au titulaire du droit. Celui-ci va pouvoir revendiquer des réalisations techniques qui, sur le plan formel, ne manifestent qu'une ressemblance très lointaine avec l'objet d'usage ou l'instrument de travail enregistré comme modèle d'utilité. En Allemagne cette conclusion s'est imposée après une lente évolution de la jurisprudence. En Italie elle semble résulter du texte même du décret royal du 2 août 1940 qui prévoit à son article 2 alinéa 3 que « les effets du brevet pour modèle d'utilité s'étendent aux modèles qui offrent la même utilité, pourvu qu'ils utilisent la même conception innovatrice ».

A) *Droit allemand.*

116. L'évolution des principes en matière d'interprétation du modèle d'utilité n'est pas sans refléter les oppositions doctrinales constatées à propos de la définition du bien protégé par cette institution. Pour la doctrine traditionnelle, le modèle d'utilité protège une création de forme de sorte que l'étendue de la protection conférée par le droit doit être limitée au modèle enregistré. Par exemple Cantor, l'un des plus éminents représentants de cette tendance, considérerait que seule une copie des caractéristiques formelles de l'objet d'usage ou de l'instrument de travail telles qu'elles résultaient de la représentation figurative annexée à la demande, pouvait constituer une atteinte aux droits du déposant. En revanche le monopole n'était pas violé lorsque l'idée technique

¹³⁸ PA 22 octobre 1957, GRUR 1958, p. 138 : « Um die Schutzwürdigkeit zu begründen, genügt es somit nicht, dass das beschriebene Muster eine neue räumliche Form darstellt, die technisch vorteilhaft ist ; vielmehr muss der ihm zugrunde liegende Gedanke auch erfinderisch sein. »

objectivée dans le modèle enregistré avait été incorporée dans une forme différente. Naturellement les différences de forme devaient concerner les éléments protégés ; des modifications de détail n'ayant aucune incidence sur la configuration déterminant l'avantage pratique n'excluaient pas la copie¹³⁹.

Les premiers arrêts rendus par le Tribunal d'Empire paraissent adhérer à cette conception. Cependant et tout en se réclamant des principes défendus par la doctrine traditionnelle, la Haute Cour allemande ne les a jamais appliqués dans toutes leurs conséquences. C'est ainsi que dans un arrêt datant du 16 octobre 1897¹⁴⁰, le Tribunal d'Empire jugeait qu'un balai mécanique muni d'une partie brossante en cuir constituait une contrefaçon d'une brosse enregistrée comme modèle d'utilité avec cette même caractéristique. Dans cette décision, le Tribunal d'Empire commençait par admettre qu'en règle générale l'enregistrement d'un modèle d'utilité protégeait la forme nouvelle et non l'idée inventive, le principe technique qui était à sa base. Toutefois il n'en ajoutait pas moins que l'étendue de la protection résultant de l'enregistrement ne devait pas être délimitée d'une façon trop étroite :

« Si le modèle représente la forme fondamentale d'un genre d'objet d'usage ou d'instrument de travail, l'enregistrement ne protège pas seulement cette forme fondamentale mais également toutes les variantes d'exécution qui se situent à l'intérieur de ce genre. »

On constate donc que malgré le principe affirmé par le Tribunal d'Empire, la forme n'a ici qu'une importance toute relative : le poids de la décision repose en fait sur l'appropriation par le défendeur de l'idée d'utiliser les propriétés particulières du cuir pour obtenir un meilleur brossage.

Dès 1920, le Tribunal d'Empire abandonne en fait la doctrine traditionnelle : il délimite l'étendue de la protection résultant de l'enregistrement du modèle, non plus d'après la seule représentation figurative mais en recourant à la description dont la portée est étendue par l'application de la doctrine des équivalents¹⁴¹. Avec cette décision il n'était plus possible de soutenir que le modèle d'utilité s'attachait uniquement à la structure visible d'un objet d'usage ou d'un instrument de travail. Aussi en 1928, le Tribunal d'Empire dut-il reconnaître, expressément cette fois-ci, que le régime des modèles d'utilité visait une idée technique qui ne pouvait toutefois être revendiquée que dans la forme concrète qui l'extériorisait dans la réalité¹⁴². Ayant ainsi franchi ce pas

¹³⁹ Cantor, *op. cit.*, p. 579. Dans le même sens Allfeld ad § 5. Anm. 3, p. 404. Robolsky, p. 36.

¹⁴⁰ RG 16 octobre 1897, RGZ 40, p. 76 et suiv.

¹⁴¹ RG 12 juin 1920, RGZ 99, p. 211.

¹⁴² RG 30 octobre 1929. MuW. 1930, p. 24.

décisif, le Tribunal d'Empire s'efforça alors de ne pas attribuer au modèle d'utilité une portée aussi grande qu'en matière de brevets d'invention. Il fit ainsi appel au concept de la forme fondamentale, ce qui ne l'empêcha pas de condamner un imitateur qui, dans un distributeur automatique protégé par un modèle d'utilité, avait ajouté un second levier au levier principal actionnant le dispositif ¹⁴³.

Le souci d'une part de se détacher des structures corporelles de l'objet enregistré et d'autre part de ne pas étendre au-delà d'une certaine limite la portée du droit découlant du modèle, donne aux décisions rendues par le Tribunal d'Empire durant les années trente un caractère ambigu. On affirme d'un côté que « l'idée inventive ne se recouvre pas avec le modèle, avec la forme corporelle enregistrée ; celle-ci peut présenter des particularités qui n'ont rien à faire avec l'invention protégée par un modèle d'utilité et qui fréquemment sont purement accidentelles ou ont été choisies en fonction d'autres motifs ». Mais on ajoute immédiatement que « l'idée n'est pas protégée indépendamment de la forme mais seulement avec les caractéristiques que celle-ci incorpore » ¹⁴⁴. Cette formule est révélatrice des contradictions que renferme l'institution du modèle d'utilité. Le Tribunal d'Empire admet certes l'abstraction puisqu'il distingue l'idée, la solution apportée au problème technique, des structures corporelles qui l'objectivent. Toutefois il s'arrête arbitrairement à un certain degré d'abstraction et refuse une généralisation aussi poussée que celle qui prévaut en matière de brevets d'invention avec l'idée inventive plus générale. Cette conception qui se réclame à la fois de l'idée et de la forme et qui, de ce fait, donne au modèle d'utilité un caractère hybride, laisse de nombreuses questions sans réponse : selon quel critère faudra-t-il fixer le degré d'abstraction à partir duquel la protection ne peut plus être étendue ? Si l'inventeur a enregistré un modèle d'utilité portant sur une idée technique susceptible de se concrétiser dans plusieurs formes d'exécution, combien d'entre elles pourra-t-il revendiquer ? Avec le concept de la forme fondamentale, on restera toujours dans le vague car ce critère paraît indéfiniment extensible. Le recours à la théorie des équivalents, suggéré par certains auteurs ¹⁴⁵, n'est guère plus satisfaisant ; limiter par avance la protection aux équivalents techniques c'est rendre le droit complètement inefficace. Arrêter l'abstraction au niveau des équivalents évidents crée une insécurité juridique qui résulte de l'impossibilité de distinguer en pratique le domaine attribué aux « glatte » équivalents de celui couvert par les « sonstige » équivalents ¹⁴⁶. Dans ces conditions et du moment

¹⁴³ RG 1^{er} mars 1930. MuW. 1930, p. 248.

¹⁴⁴ RG 5 mai 1936. JW 1938, p. 3126 et suiv.

¹⁴⁵ Voir notamment Fromme : Schutzzumfang und Erfindungshöhe im Gebrauchsmusterrecht, GRUR 1958, p. 261 ; Winkler : Die Gebrauchsmusterverletzung im Vergleich zur Patentverletzung, GRUR 1958, p. 205.

¹⁴⁶ Voir n° 88 *supra*.

que l'on a reconnu que le modèle d'utilité s'attache à une règle abstraite, une idée de solution, il faut laisser à l'état de la technique le soin d'apprécier la mesure de l'enrichissement que l'enregistrement du modèle d'utilité procure à la collectivité et partant de déterminer le nombre des formes d'exécution qui tomberont dans la zone d'exclusivité réservée à l'ayant droit ¹⁴⁷.

Le Tribunal d'Empire s'est finalement rendu à l'évidence et a complètement assimilé les principes d'interprétation du modèle d'utilité à ceux du brevet d'invention. Dans un arrêt du 12 mars 1940 ¹⁴⁸ il déclarait en effet que « s'il était exact qu'un modèle d'utilité ne pouvait être enregistré que lorsqu'une idée technique s'était manifestée dans une forme concrète, il n'en demeurerait pas moins que la protection légale visait la règle technique tout comme dans le régime des brevets d'invention. Dès lors la méthode à suivre pour abstraire cette idée ne pouvait être différente de celle appliquée en matière de brevets d'invention ».

La Cour fédérale a fait siennes les thèses du Tribunal d'Empire, en particulier dans un arrêt concernant une chaussure en cuir munie d'une bande protectrice destinée à protéger l'utilisateur contre les chutes de pierres. Dans cette affaire, l'inventeur avait imaginé de placer à la hauteur de la cheville, une bande en caoutchouc disposée dans la doublure de la chaussure. L'imitateur avait réalisé la même idée dans une botte en caoutchouc, la bande protectrice étant toutefois fixée à l'extérieur de la botte par un procédé de vulcanisation. Au surplus, l'état de la technique démontrait l'existence antérieure d'un brevet américain constitué par une botte en caoutchouc présentant sur toute sa surface un rembourrage dans cette même matière qui devait permettre une bonne conservation de la chaleur. La Cour fédérale, en condamnant le défendeur, relevait que la matière — cuir ou caoutchouc — dont était faite la chaussure de même que le mode de fixation de la bande protectrice — dans la doublure ou par vulcanisation à l'extérieur de l'objet — ne devait jouer aucun rôle dans l'appréciation de l'atteinte aux droits du titulaire du modèle. A cette fin, seule importait l'idée inventive qui résultait de l'enregistrement. Celle-ci était caractérisée par une bande élastique placée sur une chaussure à la hauteur de la cheville pour protéger les promeneurs contre les chutes de pierres. Cette idée technique devait être protégée quelle que soit la forme dans laquelle elle s'incorporait. Quant au brevet américain, il ne pouvait valoir comme antériorité car il résolvait un problème différent — maintenir une certaine température à l'intérieur de la botte — avec des moyens différents — rembourrage sur toute la surface de la botte — ¹⁴⁹.

¹⁴⁷ Voir n° 89 *supra*.

¹⁴⁸ GRUR 1940, p. 175.

¹⁴⁹ BGH 2 nov. 1956, GRUR 1957, p. 270 ; dans le même sens BGH 30 janvier 1964, BGHZ 42, p. 263 ; et PA 22 oct. 1957, GRUR 1958, p. 138.

Cette décision fut diversement accueillie par la doctrine allemande. D'une manière générale on reprocha à la Cour fédérale d'être allée trop loin dans la généralisation. Il est inconcevable, disait M. Fromm, de conférer au modèle d'utilité une aire de protection aussi étendue qu'en matière de brevets d'invention alors que son niveau inventif est apprécié d'une façon moins sévère¹⁵⁰. Pour M. Winkler la décision de la Cour fédérale est erronée car elle passe complètement sous silence l'exigence de la forme concrète prévue expressément au § 1 de la loi. M. Winkler observe que cette disposition fait du modèle d'utilité une réalisation technique qui participe à la fois de la nature de la forme et de celle de l'idée. Comment résoudre cette apparente contradiction ? M. Winkler propose tout d'abord de redonner lors de l'interprétation du modèle d'utilité la primauté aux dessins sur la description et la revendication. Ensuite, ajoute cet auteur, il convient de dissocier la forme de l'idée et d'examiner ces concepts chacun pour lui-même : dans une première phase on établira sur la base des dessins si les deux formes correspondent dans leurs caractéristiques générales. Dans l'affaire jugée par la Cour fédérale, il s'agissait dans un cas d'une chaussure à lacets, dans l'autre d'une botte ; déjà pour ce motif, estime M. Winkler, la contrefaçon devait être écartée. Dans une seconde phase, poursuit M. Winkler, l'idée inventive sera interprétée comme dans le droit des brevets d'invention avec cette différence toutefois que la règle technique ainsi abstraite devra toujours conserver un certain lien avec la forme concrètement représentée dans les dessins, ce qui aura pour conséquence d'exclure toute interprétation allant au-delà de la zone tracée par les équivalents évidents¹⁵¹.

Toutes ces théories, si ingénieuses soient-elles, présentent les mêmes inconvénients que la notion de la forme fondamentale définie par le Tribunal d'Empire dans des arrêts antérieurs. Lorsque le régime des modèles d'utilité sanctionne, comme cela l'est admis aujourd'hui, la protection d'une idée de solution donnée à un problème technique, il devient arbitraire de vouloir limiter par des concepts artificiels l'aire de protection conférée par le droit. L'auteur de la règle doit être protégé dans la mesure de l'enrichissement qu'il a procuré à la collectivité. L'état de la technique est donc seul déterminant. Certes, dans la plupart des cas, la zone d'exclusivité ne comportera que quelques moyens équivalents, en raison de la distance relativement faible qui sépare l'innovation du champ des antériorités. Mais si, par impossible, un modèle d'utilité a été enregistré pour une invention de pionniers, on ne voit

¹⁵⁰ Voir Fromm : Schutzzumfang und Erfindungshöhe im Gebrauchsmuster-recht. GRUR 1958, p. 261.

¹⁵¹ Voir Winkler : Die Gebrauchsmusterverletzung im Vergleich zur Patent-verletzung. GRUR 1958, p. 205.

pas pourquoi l'inventeur ne pourrait pas revendiquer toutes les formes d'exécution qui dépendent de l'idée inventive ¹⁵².

B) *Droit italien.*

117. En Italie, les problèmes de l'interprétation du modèle d'utilité paraissent déjà avoir été tranchés sur le plan législatif. En visant toutes les formes qui utilisent la même conception innovatrice, le droit italien semble donner la primauté à l'idée de solution aux dépens de la forme concrète qui fait l'objet de l'enregistrement. Cette conclusion, qui découle d'une interprétation logique de l'article 2 alinéa 3 du décret royal italien, est toutefois discutée dans la doctrine et la jurisprudence. Par exemple, la Commission de recours avait refusé l'enregistrement d'un boulier-compteur pour le motif que l'objet n'était pas suffisamment individualisé : l'octroi d'un brevet pour modèle d'utilité, ajoutait la Commission, ne peut porter sur une infinité de combinaisons car cela équivaldrait à protéger une idée générique ¹⁵³.

Dans la doctrine, les opinions sont partagées. Si certains auteurs ¹⁵⁴ interprètent le texte de l'article 2 alinéa 3 du décret royal italien dans le sens que nous avons indiqué, d'autres lui attribuent une portée assez différente. Pour M. de Stefanis, c'est toujours une forme concrètement déterminée qui est protégée par un modèle d'utilité. Cela ne veut toutefois pas dire, estime cet auteur, que la violation des droits du déposant ne sera établie que lorsque les objets en présence correspondent dans toutes leurs caractéristiques formelles. Certains éléments peuvent avoir une incidence ornementale de sorte qu'en les modifiant, l'imitateur n'altère en rien la performance de l'objet. Selon M. de Stefanis, l'application de l'article 2 alinéa 3 du décret italien attirerait dans la zone d'exclusivité réservée au déposant tous les objets qui se distingueraient du modèle enregistré par certains éléments ornementaux mais qui reproduiraient néanmoins les caractéristiques formelles déterminant un avan-

¹⁵² Voir dans ce sens W. Trustedt : Die sachliche Prüfung einer Gebrauchsmusteranmeldung auf ihre Eintragungsfähigkeit, GRUR 1954, p. 137 ; *id.* : Das Gebrauchsmuster im Verletzungstreit, GRUR 1954, p. 244. Liedle : Der Schutzbereich von Gebrauchsmustern, GRUR 1957, p. 118. Hubbuch : Das deutsche Gebrauchsmusterrecht, GRUR 1959, p. 225.

¹⁵³ Comm. de recours 30 novembre 1951. Riv. propr. intellett. e ind. 1953, p. 135, avec note B. Vecchio : Ancora sui modelli di utilità. Riv. propr. ind. 1953 I, p. 174. Voir aussi la pratique de l'« Ufficio centrale dei brevetti » qui rejette toute demande comportant plusieurs formes d'exécution de l'innovation, critiquée par G. Colica : Essenza e portata del modello di utilità. Rassegna 1947, p. 95.

¹⁵⁴ Voir notamment Colica, Vecchio cités sous note 153, Greco : à propos de la distinction citée sous note 45.

tage pratique ¹⁵⁵. Cette interprétation, qui reprend l'essentiel des thèses de la doctrine allemande traditionnelle ¹⁵⁶, ne résiste pas à une critique fondée sur les principes généraux de la propriété intellectuelle. Il est évident que dans toute création intellectuelle, seuls les éléments réputés nouveaux et originaux au sens du régime qui les protège peuvent être revendiqués. Dès lors et si le contrefacteur a imité les caractéristiques fonctionnelles qui, aux termes de la loi sur les modèles d'utilité constituent l'essentiel de la création, il sera condamné quand bien même il aurait apporté des modifications de détail qui n'ont rien à voir avec l'amélioration de la performance de l'objet. Si tel était le sens de l'article 2 alinéa 3 du décret royal italien, cette disposition serait superflue car elle ne ferait que répéter une règle générale appliquée dans tout le droit de la propriété intellectuelle ¹⁵⁷.

CONCLUSION.

118. Au terme de cette étude du modèle d'utilité dans ses aspects théoriques et pratiques, une première conclusion s'impose : l'institution paraît se confondre avec celle des brevets d'invention et s'appliquer aux mêmes produits de l'activité intellectuelle qui font l'objet de ce régime. Certes la loi sur les modèles d'utilité, et ceci vaut tant pour l'Allemagne que pour l'Italie, est construite en partant des structures corporelles d'objets d'usage ou d'instruments de travail, c'est-à-dire de données concrètes. Cette approche semble à première vue inconciliable avec la définition de l'invention technique qui a été caractérisée comme une règle d'utilisation des forces de la nature dont la valeur est indépen-

¹⁵⁵ Stefanis : I modelli di utilità nella legge italiana. Riv. propr. int. e ind. 1947, p. 157. Dans le même sens Bonasi-Benucci, *op. cit.*, p. 303, qui admet cependant que la zone d'exclusivité réservée à l'ayant droit comprend certains équivalents du modèle enregistré. Toutefois, ajoute cet auteur, l'équivalence est limitée à la forme. Cette conception paraît paradoxale. Des formes équivalentes sont forcément différentes car le rapport d'équivalence suppose que deux choses d'apparence différente possèdent d'après un certain point de vue, une valeur égale. Dans le domaine technique l'équivalence s'apprécie par rapport à la fonction technique, voir *supra* n° 86. Or de deux choses l'une : ou bien l'on admet que le modèle d'utilité protège une forme et l'on ne peut parler d'équivalence ou bien l'on considère que la protection s'étend à des formes équivalentes, c'est-à-dire à des moyens différents qui accomplissent une même fonction. Dans ce cas le droit ne vise plus la forme, mais l'idée de solution, le concept innovateur.

¹⁵⁶ Voir note 139. Voir aussi Kohler : Musterrecht, p. 66 et suiv., qui a développé la notion d'équivalence limitée à la forme reprise par Bonasi-Benucci.

¹⁵⁷ Dans un arrêt du 18 février 1960 Riv. propr. intell. e ind. 1960 p. 213, la Cour de Cassation a jugé qu'il y avait contrefaçon du modèle toutes les fois que le même concept innovateur est utilisé en vue de l'obtention d'une même utilité. Le sens de cet arrêt n'est pas très clair : en tout cas la portée du modèle n'est plus limitée aux caractéristiques formelles de l'objet telles qu'elles ont été enregistrées.

dante des moyens corporels qui l'extériorisent dans la réalité. Mais nous avons également souligné que l'invention pouvait être envisagée dans deux perspectives différentes, dans une phase dynamique en tant qu'application d'une nouvelle connaissance et dans un moment statique en tant que résultat de cette application. Si l'on replace cet enseignement dans le contexte du droit des modèles d'utilité, on constate que l'objet défini au § 1 de la loi allemande du 1^{er} juin 1891 et à l'article 2 du décret royal italien du 25 août 1940 s'identifie à une invention considérée sous un angle statique : un objet d'usage ou un instrument de travail dont la performance a été améliorée par une configuration, une disposition ou un dispositif nouveau n'est rien d'autre que l'objectivation sur le plan matériel d'une règle d'utilisation des forces de la nature ; le modèle d'utilité cristallise en fait dans une structure corporelle la solution originale donnée à un problème technique. Les auteurs qui s'efforcent à tout prix de distinguer qualitativement les deux institutions paraissent ainsi être victimes de la même illusion d'optique qui consiste à placer côte à côte les inventions de procédés et les inventions de produits.

Avec la loi sur les modèles d'utilité, le législateur a conçu son système de normes protectrices à partir d'une des parties composantes de l'invention, la construction matérielle. Celle-ci ne peut donc, à elle seule, représenter l'apport nouveau réalisé par l'inventeur. Qu'il s'agisse d'apprécier l'originalité du modèle d'utilité ou de mesurer l'étendue de la protection qui découle de l'enregistrement, il faudra toujours remonter à l'idée de solution, au principe qui est à sa base. Dans le régime des modèles d'utilité comme dans celui des brevets d'invention, la forme est toujours un moyen réalisant l'invention sur un plan matériel. En d'autres termes, lorsque la forme d'un objet est associée à l'effet pratique qui résulte de son utilisation, ce n'est jamais sur elle mais sur l'idée de solution qui peut se manifester dans d'autres configurations que va porter l'acte de création. Il en découle que si l'on détache la forme du rapport de causalité, du lien moyen-résultat dont elle est partie, elle devient irrelevante pour le droit des modèles d'utilité et c'est sous la coupe d'un autre régime de la propriété intellectuelle qu'elle tombera. Le point est important comme nous l'établirons par la suite.

Si donc le modèle d'utilité ne peut être distingué de l'invention technique ni qualitativement ni quantitativement, la présence dans l'arsenal législatif de deux lois s'appliquant à un seul et même genre de production intellectuelle est une solution peu satisfaisante d'un point de vue systématique. On peut toutefois se demander si le droit ne devrait pas tenir compte, dans une certaine mesure, de l'importance souvent différente que manifestent les diverses réalisations techniques. La signification d'une invention peut en effet varier en fonction du degré d'avancement du secteur technique auquel cette dernière se rattache. Cette affirmation ne détruit certes pas l'homogénéité des productions intellec-

tuelles soumises au régime des brevets d'invention et ne justifie en rien l'existence de deux catégories d'inventions que, du reste, le critère du niveau inventif tel qu'il est actuellement appliqué serait bien incapable de distinguer. Mais, considérant, selon la formule de M. Ulmer¹⁵⁸, que les biens immatériels ont une certaine tendance à se fondre dans le patrimoine commun, la durée de l'exclusivité devrait être proportionnelle à l'importance de l'apport que l'inventeur a fait à la collectivité. Dans bien des cas le délai de protection de 18 ans prévu par le régime des brevets d'invention se révèle disproportionné avec la valeur intrinsèque de l'innovation. Il peut même arriver que l'invention se trouve dépassée par certains développements nouveaux avant que le délai de protection ne soit échu. La loi sur les modèles d'utilité avec sa protection de courte durée — 6 ans pour l'Allemagne, 4 ans pour l'Italie — répond en partie à ces préoccupations. La solution doit cependant être recherchée non pas dans l'élaboration d'une loi nouvelle applicable aux modèles d'utilité mais dans un aménagement du droit des brevets d'invention. Une simple modification de la procédure de la délivrance du brevet sans que les conditions matérielles de la protection ne soient altérées devrait déjà permettre de pallier les inconvénients du système actuel. A cet égard, les exemples fournis par l'Allemagne et la France nous paraissent dignes d'intérêt et mériteraient d'être pris en considération par le législateur suisse¹⁵⁹.

¹⁵⁸ Ulmer : *Urheber- und Verlagsrecht*, p. 6.

¹⁵⁹ En Allemagne, après la réforme du 4 septembre 1967, l'examen préalable a fait place à l'examen différé. Sur les détails de cette procédure voir note 582, 1^{re} Part., chap. III *supra*. En France la loi du 2 janvier 1968 tendant à valoriser l'activité inventive a prévu à son article 3, la délivrance de deux titres : le brevet, qui est accordé pour une durée de vingt ans après délivrance d'un avis documentaire portant sur la nouveauté et le niveau inventif, et le certificat d'utilité, qui est délivré pour une durée de six années sans avis documentaire. Les deux titres ont exactement la même nature et doivent satisfaire aux mêmes conditions de fond — nouveauté, niveau inventif. Seule est prise en considération, la volonté de l'inventeur de bénéficier d'une protection de six ou de vingt ans. Voir A. Chavannes, *op. cit.* ad § 2 n° 6 ; et Gutmann : *Das neue französische Patentgesetz*, *Mitteilungen* 1968, p. 85 et suiv.

CHAPITRE II

LA DÉLIMITATION DU CHAMP D'APPLICATION DU RÉGIME DES DESSINS ET MODÈLES INDUSTRIELS ENVERS CELUI DU DROIT D'AUTEUR

Section I :

NOTIONS GÉNÉRALES

§ 1. CARACTÉRISTIQUES DU BIEN PROTÉGÉ PAR LE RÉGIME DES DESSINS ET MODÈLES.

119. Le droit des dessins et modèles industriels semble à première vue exempt des obscurités et des équivoques qui ont été relevées lors de l'étude de l'institution du modèle d'utilité. Le législateur s'est en effet efforcé de définir d'une façon assez précise l'objet de la protection. Ainsi la loi fédérale sur les dessins et modèles industriels du 30 mars 1900 prévoit à son article 2 que « constitue un dessin ou un modèle au sens de la présente loi toute disposition de lignes ou toute forme plastique, combinée ou non avec des couleurs, devant servir de type pour la production industrielle d'un objet ». Il ressort de cette définition comme de celles données par la plupart des autres ordres juridiques¹⁶⁰ que le droit vise ici une entité concrète perceptible par les sens, une forme à deux — dessin — ou à trois dimensions — modèle — associée à un produit industriel. L'innovation qui porte sur une idée abstraite, qui ne se laisse pas enfermer dans une réalisation concrète localisable et définissable dans l'espace se trouve dès lors exclue du champ d'application de la loi. Ainsi le genre, le style, le motif de même que les règles techniques tels les procédés de fabrication échappent à la protection légale, ces abstractions se situent en marge de la définition du bien

¹⁶⁰ Voir notamment section I (3) du Registered Design Act de 1949 : « ... design means features of shape, configuration, pattern or ornament applied to an article... » et Art. 2 de la loi française du 14 juillet 1909.

protégé¹⁶¹. Si la forme constitue le pivot du régime des dessins et modèles, cela signifie que l'activité créatrice va se traduire immédiatement dans cet élément. La forme est ici une fin en soi, le résultat de la création et non un moyen, un instrument dont la fonction s'épuise dans l'objectivation d'une idée abstraite¹⁶². Déjà sur ce point, le bien protégé par le régime des dessins et modèles se distingue des règles techniques soumises au régime des brevets d'invention dont la valeur est indépendante des structures corporelles qui les matérialisent.

En se fondant sur le texte légal¹⁶³, doctrine et jurisprudence ont également distingué les dessins et modèles industriels des inventions techniques d'après la nature de l'effet que ces créations produisent dans la réalité extérieure. L'effet esthétique du modèle se voit ainsi opposé au caractère utilitaire de la production technique. Selon la doctrine dominante, la condition de l'effet esthétique de la forme excluerait de la protection légale les configurations qui ont été choisies en fonction d'impératifs pratiques ou techniques. L'interprétation de cette condition reste toutefois controversée : pour certains auteurs le modèle ne doit pas nécessairement être beau ou artistiquement réussi ; il faut cependant qu'il ne laisse pas notre sens de la forme et des couleurs indifférent¹⁶⁴. D'autres auteurs assimilent l'effet esthétique de la forme au caractère décoratif du modèle¹⁶⁵. Dans notre prochain chapitre nous nous prononcerons sur la légitimité d'une telle distinction qui, en tout cas, reflète l'antinomie traditionnelle du Beau et de l'Utile. Il nous suffira ici de constater que les moments statiques et dynamiques respectivement associés à la notion de forme et à celle de l'idée permettent déjà de délimiter assez facilement le domaine des dessins et modèles industriels envers le régime des brevets d'invention.

¹⁶¹ Voir dans ce sens Furler : *Geschmacksmustergesetz* 3^e éd. Cologne-Berlin-Bonn-Münich 1966 ad § 1. Anm. 16, 18 et suiv., p. 89 et suiv. Von Gamm : *Geschmacksmustergesetz*. München-Berlin 1966. Einführung Anm. 17, p. 21. § 1. Anm. 11, p. 34. Troller : *Immaterialgüterrecht*, vol. I, p. 514. W. Pinzger : *Das deutsche Geschmacksmusterrecht*. Berlin 1932 ad § 1. Anm. 3, p. 16. Voir aussi RG 9 déc. 1899 RGZ 45 p. 59, 18 nov. 1901 RGZ 49 p. 179, 27 mai 1905 RGZ 61 p. 44, 45 : « ...es gehöre zum Wesen eines Musters, dass eine Form geschaffen sei, eine bestimmte, in äussere Erscheinung tretende zeichnerische Gestaltung... » BGH 16 février 1960. GRUR 1960, p. 395. Cour de Lyon 19 février 1953. Ann. 1953, p. 134. Cour de Paris 9 mars 1967. Dalloz 1967, p. 664. 20 mai 1967, JCP 1967 II n° 15410. ATF 11 décembre 1951 77 II 374.

¹⁶² Voir 1^{re} partie : chapitre III ; voir aussi Schramm : *Die schöpferische Leistung*, p. 167 et suiv.

¹⁶³ Notamment article 3 loi fédérale sur les dessins et modèles industriels du 30 mars 1900 ; Art. 2 al. 2 de la loi française du 14 juillet 1909 sur les dessins et modèles.

¹⁶⁴ Voir notamment Furler, *op. cit.* ad § 1. Anm. 7, 8, p. 84 et suiv. Troller : *Immaterialgüterrecht*, vol. I, p. 60 et suiv., 519 et suiv.

¹⁶⁵ Notamment Carteron : *Les confins du modèle et du brevet d'invention : études sur la propriété industrielle, littéraire et artistique*. Mélanges Marcel Plaisant. Paris 1960.

§ 2. LES DESSINS ET MODÈLES INDUSTRIELS ET L'ŒUVRE INVESTIE D'UN DROIT D'AUTEUR : IMPORTANCE DU FACTEUR DE LA REPRODUCTION INDUSTRIELLE.

120. Ces mêmes caractères — forme concrète, effet esthétique — sont par contre incapables de distinguer le bien protégé par la loi sur les dessins et modèles de l'œuvre investie d'un droit d'auteur. La notion d'œuvre suppose avant tout la présence d'une forme concrète perceptible par les sens et susceptible par là d'une contemplation — Anschauung — esthétique. Le critère distinctif, s'il existe, doit être recherché ailleurs. Certes, lorsque les matériaux que l'auteur met en forme pour construire son expression sont constitués par des symboles, tels des mots dans l'œuvre littéraire, toute confusion de nos deux domaines devient impossible. Mais le problème se pose lorsque l'auteur imprime directement dans la matière inorganique l'image issue de sa vision interne comme c'est le cas dans les œuvres des Beaux-Arts. La forme ainsi créée est une entité statique, définissable et localisable dans l'espace, à deux ou trois dimensions selon qu'il s'agit d'une peinture ou d'une sculpture. Or cette définition est aussi celle de la disposition de lignes — dessins — ou de la forme plastique — modèle — telle qu'elle figure dans les diverses législations régissant la matière des dessins et modèles.

Certes, dans le régime des dessins et modèles la forme sert de type à la reproduction industrielle d'objets¹⁶⁶ alors que dans le droit d'auteur la nature industrielle de l'exploitation importe peu. Faut-il voir là un caractère spécifique du bien protégé par le droit des dessins et modèles qui mettrait l'accent sur une fonction fondamentalement différente de la forme, justifiant ainsi l'existence d'un système de normes protectrices autonomes ? Ou s'agit-il au contraire d'une précision ayant trait à la nature de la prérogative attachée au droit et qui ne concernerait pas l'essence du bien protégé ?¹⁶⁷ A première vue, cette seconde interprétation paraît être la bonne. Le dépôt d'un dessin ou d'un modèle ne confère en effet à son titulaire que le droit de fabriquer, d'après les caractéristiques du modèle déposé et de mettre en vente un objet ou une série d'objets. Les prérogatives conférées à l'auteur vont en revanche beaucoup plus loin et comprennent entre autres le droit de reproduire, de représenter et d'exposer l'œuvre. Ainsi la reproduction photographique de la forme d'un objet protégé par la loi sur les dessins et modèles ne constitue pas une violation des droits du titulaire alors que

¹⁶⁶ Voir notamment Art. 2 de la loi fédérale sur les dessins et modèles.

¹⁶⁷ Dans ce sens A. Troller : *Das schweizerische Muster- und Modellrecht*. Mitt. 1948, p. 98 et suiv.

cette même reproduction concernant cette fois-ci une sculpture ou une peinture porte atteinte au monopole de l'auteur ¹⁶⁸.

Examiné sous l'angle de la prérogative attribuée à l'auteur, le fait de la reproduction industrielle ne permet pas d'établir une distinction qui soit valable entre ces deux genres de créations intellectuelles. La reproduction industrielle ne constitue jamais une circonstance qui peut faire obstacle à la protection de l'œuvre par le droit d'auteur ; si cette faculté n'est pas expressément mentionnée par la loi c'est parce qu'elle se recouvre avec les autres prérogatives qui y sont définies. Toutefois la nature de la prérogative n'est pas sans intérêt pour l'identification de l'objet du droit. Selon les principes qui ont été exposés précédemment, la prérogative doit être en rapport direct avec l'essence du bien protégé pour que soit réservé à l'auteur toute l'utilité qui résulte de sa création ¹⁶⁹.

§ 3. LA NOTION DE L'ŒUVRE D'ART APPLIQUÉE À L'INDUSTRIE.

121. L'exploitation industrielle d'une œuvre d'art peut être envisagée de plusieurs manières. L'œuvre peut elle-même être reproduite sur une échelle industrielle par des procédés de nature mécanique ou photographique — gravure, lithographie — ; mais l'œuvre peut aussi être incorporée à un objet d'usage fabriqué industriellement ¹⁷⁰. Seule la seconde de ces hypothèses nous intéresse. Selon la plupart des ordres juridiques, l'œuvre associée à un objet d'usage reproduit en série continue à bénéficier, si les autres conditions légales sont remplies, de la protection conférée par le droit d'auteur. Certains systèmes distinguent à l'intérieur du régime du droit d'auteur les œuvres d'art pur des œuvres d'art appliquées à l'industrie sans pour autant prévoir des conditions et des modalités d'application de la loi différentes ¹⁷¹. Cette distinction entre l'art pur et l'art industriel complique sérieusement la tâche du juriste quand bien même elle n'entraîne aucune conséquence sur le plan du droit positif, chacune de ces formes artistiques pouvant prétendre au même traitement légal réservé aux créations du droit d'auteur. Il est probable que si le législateur ne s'était pas cru obligé de préciser que

¹⁶⁸ Voir notamment Troller : *Immaterialgüterrecht*, vol. II, p. 769 et suiv. Furler, *op. cit.* ad § 1. Anm. 56, p. 110. Von Gamm, *op. cit.*, Einführung. Anm. 11, p. 15. Hubmann : *Gewerblicher Rechtsschutz*, p. 37. Bonasi-Benucci, *op. cit.*, p. 258. Voir aussi ATF 16 février 1931 RO 57 I, p. 62, à propos de la reproduction de dessins de mode dans une revue.

¹⁶⁹ Voir *supra* n° 21.

¹⁷⁰ Voir Are, *op. cit.*, p. 415 et suiv.

¹⁷¹ Voir notamment Art. 1 al. 2 de la loi fédérale concernant le droit d'auteur du 7 décembre 1922. Art. 3 de la loi française sur la propriété littéraire et artistique du 11 mars 1957 ; § 2 ch. 4 de la loi allemande du 9 septembre 1965 sur le droit d'auteur.

les œuvres d'arts appliqués bénéficient de la même protection que les œuvres d'art pur, les controverses relatives à la délimitation du champ d'application du régime des dessins et modèles envers celui du droit d'auteur auraient pris une toute autre tournure. La distinction entre les œuvres d'art pur et les œuvres d'art appliqué repose en effet sur un élément qui ne devrait pas intervenir dans la définition du bien protégé, à savoir la nature du support matériel, l'objet d'usage dans lequel l'œuvre d'art appliqué s'extériorise¹⁷². Or cette caractéristique est aussi celle du modèle industriel, de sorte qu'en se fixant sur la nature du support matériel, on perd de vue ce que ces deux genres de production ont d'essentiellement différent. Si le concept de l'œuvre avait été maintenu sur un plan purement idéal, les oppositions entre le régime du droit d'auteur et celui des dessins et modèles industriels auraient été au départ beaucoup plus marquées.

De prime abord, il paraît logique de conclure que deux lois dont la structure est essentiellement différente ne sauraient régir les mêmes manifestations de l'activité intellectuelle. Par rapport au régime des dessins et modèles, le droit d'auteur se caractérise entre autres par la très longue durée de l'exclusivité, par l'absence de toute formalité assortie à l'acquisition de la protection, par la mise en valeur des intérêts personnels de l'auteur — dans la mesure où l'on se rallie à la théorie dualiste — enfin par l'étendue des prérogatives qui lui sont accordées¹⁷³. Toutes ces raisons militent en faveur d'une définition claire et précise de la frontière délimitant ces deux domaines. En examinant les différents critères forgés par la doctrine et la jurisprudence aux fins de distinguer les champs d'application respectifs du régime des dessins et modèles et de celui du droit d'auteur, nous serons amenés à établir si un tel objectif peut être atteint avec un minimum de sécurité juridique.

Section II :

CRITÈRES SE RATTACHANT A LA NATURE DU SUPPORT MATÉRIEL

§ 1. EXPOSÉ DES PRINCIPALES THÉORIES.

122. Les théories qui vont être évoquées ci-après ne revêtent qu'un intérêt purement historique. La plupart d'entre elles ont été soutenues à une époque où la loi sur le droit d'auteur n'avait pas inclu dans la

¹⁷² Voir dans ce sens Are, *op. cit.*, p. 434.

¹⁷³ Sur les caractères différents des deux régimes voir notamment Furler, *op. cit.*, p. 52.

liste des objets protégés les œuvres d'arts appliqués à l'industrie. L'œuvre était ainsi directement opposée au modèle industriel, ce qui a incité la doctrine et la jurisprudence à chercher des critères marquant une distinction entre l'art et l'industrie. C'est en France, pays qui fut l'un des premiers à adopter une loi spéciale régissant la matière des dessins et modèles, que bon nombre de ces théories se développèrent¹⁷⁴.

La loi française des 19-24 juillet 1793 sur la propriété littéraire et artistique prévoyait à son article premier que « les auteurs d'écrits en tous genres, les compositeurs de musique, les peintres et les dessinateurs qui font graver des dessins et des tableaux jouissent la vie entière du droit exclusif de vendre et de distribuer leur ouvrage dans le territoire de la République et d'en céder la propriété en tout ou en partie ». Dès l'entrée en vigueur de la loi, le problème de la protection des dessins industriels se trouva posé car, et bien que les dessinateurs y fussent mentionnés, la loi de 1793 ne fixait pas le sort de leur production lorsque les dessins avaient été utilisés à des fins industrielles. En l'absence d'une décision de la Cour de Cassation, l'incertitude était grande et le besoin d'une protection spécifique des dessins et modèles industriels se fit sentir. Aussi, à la demande des soyeux lyonnais, une loi du 18 mars 1806 fut promulguée. Ce texte n'était pas uniquement consacré à la protection des créations de l'industrie : en fait il organisait une juridiction des prud'hommes à laquelle étaient attribuées certaines compétences en matière de dessins et modèles. Ainsi tout fabricant pouvait revendiquer la propriété d'un dessin sur tissu s'il satisfaisait à des formalités de dépôt auprès du Conseil des prud'hommes. Cette loi, qui, à l'origine, ne s'appliquait qu'à l'industrie de la soie, fut progressivement étendue à d'autres secteurs industriels¹⁷⁵. La doctrine et la jurisprudence françaises crurent voir dans l'existence des lois de 1793 et de 1806 une opposition entre l'art et l'industrie ; à la première étaient réservées les créations de l'art pur, à la seconde celles de l'art industriel. En fonction de cette opposition furent élaborés plusieurs critères.

- a) Pour distinguer l'art pur de l'art industriel, le Conseil d'Etat, dans un avis consultatif, proposa de recourir au critère du mode de reproduction. Dès lors qu'une création avait fait l'objet d'une reproduction mécanique, elle se trouvait exclue du champ d'application de la loi

¹⁷⁴ Le premier texte législatif en matière de dessins et modèles fut promulgué en Angleterre par une loi de 1787 qui assurait aux fabricants de textiles le droit exclusif de reproduire les dessins qu'ils avaient créés. Voir Kohler : *Musterrecht*, p. 19 et suiv.

¹⁷⁵ Sur l'historique du droit des dessins et modèles en France voir Roubier, *op. cit.*, vol. II, p. 376 et suiv. Franceschelli, *op. cit.*, vol. I, p. 388. Sala : *Origini della protezione dei disegni e modelli ornamentali*. Riv. dir. ind. 1955 I, p. 329 et suiv.

de 1793¹⁷⁶. Il ne vaut guère la peine d'insister sur le caractère arbitraire d'un tel critère qui fait dépendre la qualification d'une production intellectuelle d'un événement qui lui est totalement étranger.

- b) Le critère de la destination industrielle n'est guère plus satisfaisant. Il détermine en effet le sort d'une création intellectuelle en fonction de l'usage qui en a été fait. Du moment qu'un dessin, même d'une très grande valeur artistique, a fait l'objet d'une application industrielle, il ne peut plus être mis au bénéfice de la loi sur la propriété littéraire et artistique et doit revendiquer la protection offerte par la loi de 1806. Ce critère, adopté par certaines Cours d'Appel¹⁷⁷ puis par la Cour de Cassation¹⁷⁸, souleva lors d'un débat à la Chambre des Pairs, l'indignation de Victor Hugo¹⁷⁹.

Dans son principe même, le critère de la destination industrielle est très discutable. Il semble difficilement concevable que la destination d'une réalisation intellectuelle puisse, après coup, en modifier le caractère¹⁸⁰. Le traitement juridique réservé à une œuvre de Dali serait différent selon que la création viendrait décorer une armoire frigorifique ou qu'elle aurait été fixée sur une toile. Le poids de la décision reposerait ainsi sur un facteur étranger à la création, à savoir sur la nature du support matériel dans laquelle celle-ci s'extériorise. Mais même si l'on fait abstraction de cet argument théorique, le critère de la destination n'en pose pas moins de nombreux problèmes sur le plan pratique. Comment devra-t-on régler le cas d'une création artistique qui aurait été, dans un second temps, utilisée à des fins industrielles ? La solution appliquée dans certains systèmes de droit positif de considérer indépendamment l'une de l'autre les protections découlant respectivement du régime des dessins et modèles et du droit d'auteur n'est guère convaincante¹⁸¹. Dans cette perspective, à l'expiration du délai de protection prévu par le droit des dessins et modèles, la forme utilisée industriellement tomberait dans le domaine public, l'auteur conservant toutefois son droit de propriété sur le dessin artistique. Par exemple, Dali pourrait interdire aux tiers toute reproduction de son œuvre à l'exception de son emploi, comme décoration, sur une armoire frigorifique. De cette manière la frontière entre les deux régimes serait respectée. Cepen-

¹⁷⁶ Avis consultatif du Conseil d'Etat du 30 mai 1823, cité par Roubier, *op. cit.*, vol. II, p. 399.

¹⁷⁷ Voir notamment Cour de Paris 12 mars 1870, p. 260.

¹⁷⁸ Cass. 17 février 1882 D. 83 I. 119.

¹⁷⁹ Roubier, *op. cit.*, vol. II, p. 400.

¹⁸⁰ Voir dans ce sens A. Fauchille : *Traité des dessins et modèles industriels*. Paris 1882, p. 49 et suiv. Di Franco, *op. cit.*, p. 219. F. Pouillet : *Traité théorique et pratique des dessins et modèles*. Paris 1911, p. 57.

¹⁸¹ Notamment en droit anglais voir section 10 (1) (6) du Copyright act de 1956 ; voir aussi Russel-Clarke, *op. cit.*, p. 102.

dant il n'empêche que l'exception prévue en faveur des fabricants d'armoires frigorigères constitue une restriction des droits d'auteur de Dali qui normalement devraient s'étendre à toute espèce de reproduction. L'application de la loi sur les dessins et modèles enlève ainsi à l'auteur une des prérogatives lui compétant d'après le régime de la propriété littéraire et artistique. Envisagée sous l'angle du droit d'auteur, la solution est donc boîteuse¹⁸². Autre difficulté qui démontre bien la faiblesse d'un tel critère, comment définir le caractère industriel de l'exploitation. Faudra-t-il s'attacher aux nombres d'exemplaires reproduits¹⁸³ ou devra-t-on au contraire s'en tenir à la nature des moyens mis en œuvre par la reproduction ?¹⁸⁴ Quelle que soit la solution adoptée on retombera forcément dans les errements du critère précédent.

- c) La théorie dite du but — *Zweckbestimmung* — évite en partie l'arbitraire des critères qui viennent d'être examinés. On va en effet chercher à établir le caractère industriel ou artistique du dessin en cause à l'époque de sa conception, sans égard à son application probable ou effective¹⁸⁵. Dans cette optique, on se demandera quelle a été la fin poursuivie par l'auteur ; celui-ci a-t-il obéi ou non à une pensée artistique ? A-t-il cherché à faire une œuvre d'art ou s'est-il contenté d'exploiter les ressources de la forme dans un but commercial, utilitaire¹⁸⁶ ? Le grand mérite de ce critère est d'avoir su distinguer l'aspect exclusivement pratique, matériel de la création de forme d'objets industriels de la finalité intellectuelle que poursuivent les productions artistiques. La conception du modèle obéit entièrement à des impératifs commerciaux, concurrentiels. L'œuvre va au-delà de ces réalités, même si les considérations mercantiles n'y sont pas totalement étrangères. Toutefois au niveau de son application, le critère est totalement insuffisant et se révèle incapable de traduire, sur le plan juridique, les finalités différentes des deux genres de créations. Presque tous les auteurs qui se sont ralliés

¹⁸² Voir dans ce sens Kummer, *op. cit.*, p. 224 et suiv.

¹⁸³ Cette solution était appliquée en droit anglais jusqu'à la réforme de 1968 qui permit à l'auteur d'un dessin artistique reproduit à plus de cinquante exemplaires de bénéficier de la protection conférée par le droit d'auteur pendant une durée de quinze années. Voir le Droit d'auteur 1968, p. 245.

¹⁸⁴ Moyens mécaniques ou manuels.

¹⁸⁵ Sur cette théorie voir notamment Fauchille, *op. cit.*, p. 50. Pouillet, *op. cit.*, p. 48. Roubier, *op. cit.*, vol. II, p. 401 et suiv.

¹⁸⁶ Cette théorie a été soutenue en *Allemagne* par Kohler : *Kunstwerk und Geschmacksmuster* : Archiv. für die civilistische Praxis, vol. 87 1897, p. 1 et suiv. Runge, *op. cit.*, p. 288 et suiv. Nordemann : *Zur Abgrenzung des Geschmacksmusterschutzes von Urheberschutz*, 50 Ufita (1967), p. 906. En *Italie* par Biamonti : *Sulla natura e sui limiti della tutela giuridica dei lavori d'arte applicata industriale e dei disegni ornamentali*. Dir. aut. 1932, p. 433. Giannini : *La protezione delle opere d'arte applicata all'industria*. Rivista Politica Economica 1932, p. 939. En *Suisse* par Kummer, *op. cit.*, p. 213 et suiv.

à la théorie du but ont voulu voir dans la nature du support matériel le signe extérieur permettant de reconnaître le caractère artistique ou industriel de la création. Dès lors que la forme se trouvait incorporée à un objet d'usage tel une chaussure, un ustensile électroménager, une poignée de porte, etc., on l'a pour ce seul motif attribué au domaine des dessins et modèles. En revanche, si l'objet n'avait aucune utilité quelconque, s'il n'était destiné qu'à la pure contemplation — *Schmuckgegenstand* —, la forme qui y était associée relevait de la loi sur le droit d'auteur¹⁸⁷. Le critère du but se heurte aux mêmes objections que la théorie de la destination car dans son application, il fait dépendre la décision d'un facteur complètement extérieur à la création, la nature du support matériel¹⁸⁸. Pour cette raison, il doit être résolument condamné.

- d) Avec son critère du caractère accessoire du modèle, Philippon s'efforce, de la même manière, d'identifier la finalité poursuivie par la création. Le dessin soumis à la loi de 1806, enseigne cet auteur, ne possède pas une existence indépendante ; il vient s'incorporer dans un objet existant pour en augmenter le charme. L'objet existe toutefois en dehors de lui, avec toute son utilité. Au contraire, le dessin artistique a une vie autonome. Si l'on fait disparaître les traits d'une eau forte, la feuille blanche qui subsistera ne peut rendre aucun des services du dessin disparu. Si, en revanche, on parvient à effacer l'ornementation qui recouvre une assiette, l'objet conservera néanmoins toute son utilité¹⁸⁹. Le critère du caractère accessoire du dessin est ingénieux et comporte une certaine part de vérité. Dans son application il n'en conduit pas moins, comme le fait observer Pouillet, aux mêmes conséquences que les théories précédentes : supposons une étoffe sur laquelle serait brodée une guirlande de fleurs. Lorsque l'on supprime cette image de l'étoffe, celle-ci garde toute son utilité. Selon le critère de Philippon, la forme obéirait au régime des dessins et modèles. Mais ce même dessin, réalisé cette fois-ci sur une toile bénéficierait, toujours si l'on applique le critère de Philippon, de la protection conférée par le droit d'auteur car la destruction du dessin laisserait une toile nue, sans valeur aucune¹⁹⁰. Le critère de caractère accessoire du dessin se montre donc tout aussi artificiel que les autres.

¹⁸⁷ Voir notamment Runge, *op. cit.*, p. 288 et suiv. Kummer, *op. cit.*, p. 213 et suiv.

¹⁸⁸ Voir dans ce sens Are, *op. cit.*, p. 434. Troller : *Immaterialgüterrecht*, vol. I, p. 467.

¹⁸⁹ Philippon · *Traité de la propriété des dessins et des modèles industriels*. Paris 1880, p. 52 et suiv.

¹⁹⁰ Pouillet, *op. cit.*, p. 43 et suiv. ; dans le même sens Fauchille, *op. cit.*, p. 52 et suiv.

§ 2. LE PRINCIPE DE L'UNITÉ DE L'ART, CONSÉQUENCE DE L'INADÉQUATION DES CRITÈRES PRÉCÉDENTS.

123. Les critères qui viennent d'être examinés traçaient d'une manière totalement arbitraire la frontière entre le régime des créations artistiques et celui des dessins et modèles industriels. Devant des résultats aussi décevants, une partie de la doctrine française fut d'avis que toute distinction entre les deux genres de production était juridiquement impossible à établir. Pouillet fut l'un des plus ardents défenseurs de cette idée connue aujourd'hui sous le nom de « théorie de l'unité de l'art ». Entre le dessin industriel et le dessin artistique il n'y a, estime l'éminent auteur français, qu'une différence de degré : au niveau le plus bas le dessin sert à parer une marchandise ; sa fonction est purement accessoire. Peu à peu il va s'élever dans la hiérarchie des valeurs artistiques pour devenir une création de génie. Où doit-on fixer, se demande Pouillet, la limite à partir de laquelle le dessin a atteint le statut d'une œuvre d'art ? Comment déterminer la ligne de démarcation entre l'art et le non art, entre le beau et ce qui ne l'est pas ? La loi, dit Pouillet, ne doit pas faire du juge un professeur d'esthétique¹⁹¹. Comme nous le verrons plus loin, le problème que Pouillet a voulu résoudre par sa théorie de l'unité de l'art était mal posé. Si la distinction entre les créations soumises au droit d'auteur et celles qui relèvent des dessins et modèles était fondée sur la plus ou moins grande valeur artistique de la production intellectuelle, il est indéniable que l'on ne pourrait que souscrire aux thèses de Pouillet. Mais le critère doit être recherché dans une autre direction et exclut toute intervention des notions d'Art ou de Beauté.

Le principe de l'unité de l'art fut consacré en France sur le plan législatif par la loi du 11 mars 1902 modifiant l'article premier de la loi des 19-24 juillet 1793. Ce texte déclarait « les mêmes droits appartiendront aux dessinateurs et sculpteurs d'ornement, quels que soient le mérite et la destination de l'œuvre ». La loi actuellement en vigueur du 14 juillet 1909 sur les dessins et modèles ajoutait, pour sa part à son article premier, que le droit sur le dessin ou sur le modèle peut être exercé par le créateur « sans préjudice des droits qu'il tiendrait d'autres dispositions légales et notamment de la loi des 19-24 juillet 1793 modifiée par la loi du 11 mars 1902 ».

Cette double réglementation semblait interdire toute discrimination entre l'art pur et l'art industriel. Toutefois, s'attachant à la lettre même du texte de 1902, certaines Cours refusèrent de sanctionner le principe de l'unité de l'art dans toutes ses conséquences. Ainsi la Cour de Paris jugeait, à propos d'appareils servant à l'œnologie, que « les dessins qui

¹⁹¹ Pouillet, *op. cit.*, p. 50 et suiv.

font partie intégrante de l'objet manufacturé... dont la forme ne se rattache en rien à l'art du sculpteur ou du dessinateur ne peuvent prétendre à l'application de la loi de 1793-1902 »¹⁹². Cette même Cour de Paris refusait à des fleurs en coquillage le bénéfice des dispositions sur la propriété littéraire et artistique, ces productions n'étant ni des œuvres de sculpture, ni des dessins. La Cour ajoutait « qu'il est excessif de prétendre que toute production de l'intelligence est protégée comme une œuvre d'art par la loi de 1793-1902 ; qu'il résulte... que la propriété artistique est celle qui a pour objet, indépendamment du mérite d'exécution et du but auquel l'œuvre est destinée, une production de l'esprit ou du génie qui appartient aux Beaux-Arts »¹⁹³. Ces décisions semblent marquer un retour à la théorie du but, l'attribution de la réalisation intellectuelle à l'un ou l'autre des régimes étant fonction des préoccupations artistiques ou des impératifs commerciaux qui avaient présidé à la création du dessin ou du modèle en cause.

Cette évolution qui paraissait contraire aux motifs qui avaient incité le législateur à adopter le texte de 1902 fut brisée par deux arrêts de la Cour de Cassation où la plus haute juridiction française affirmait sans équivoque possible le principe de l'unité de l'art. Selon la Cour de Cassation, la loi de 1793-1902 devait régir « toutes les manifestations de l'activité créatrice »¹⁹⁴ de sorte qu'elle pouvait s'appliquer à tout dessin d'ornement « même industriel et sans caractère d'art »¹⁹⁵.

Avec la promulgation de la loi du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique, le principe de l'unité de l'art semble consolidé. Désormais « toutes les créations de l'esprit quels qu'en soient le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination » se trouvent protégées. De plus l'article 3 mentionne les œuvres d'art appliqué au nombre des productions intellectuelles soumises au droit d'auteur. Au vu de ces dispositions, certains auteurs ont alors soutenu que la théorie de l'unité de l'art était expressément consacrée par la loi du 11 mars 1957. Madame Perot-Morel écrit à cet égard qu'en ajoutant à la formule traditionnelle du « genre, du mérite et de la destination » la forme d'expression, le législateur a voulu supprimer toute ambiguïté concernant l'assujettissement des modèles industriels au régime de la propriété littéraire et artistique¹⁹⁶. Toutefois cet argument de texte n'est pas décisif : pour que l'on puisse conclure à l'assimilation complète des modèles industriels au droit d'auteur sur la base de l'article 2 de la

¹⁹² Cour de Paris 3 août 1906. Ann. 1907, p. 119.

¹⁹³ Cour de Paris 24 janvier 1924. Gaz. Pal. 1924 II, p. 438. Dans le même sens, Seine 23 mai 1907. Ann. 1908, p. 28, à propos d'un boîtier de montre extra-plat où la protection fut refusée car la création relevait du domaine de la mode et non de l'art.

¹⁹⁴ Cass. 30 mars 1938. Dalloz 1938, p. 324.

¹⁹⁵ Cass. 9 juillet 1931. Ann. 1932, p. 324.

¹⁹⁶ Perot-Morel, *op. cit.*, p. 48.

loi du 11 mars 1957, il faudrait d'abord que ces créations se qualifient comme des formes d'expression. Or et tant que la nature véritable du modèle industriel n'aura pas été explicitée, on ne pourra tirer du texte du 11 mars 1957 aucune argumentation pour ou contre la théorie de l'unité de l'art ; celle-ci reste donc une création jurisprudentielle.

Durant ces dernières années le cumul fut appliqué d'une manière à peu près uniforme par les cours françaises à l'exception cependant d'un arrêt de la Cour de Paris qui fut cassé par la Cour de Cassation. La Cour de Paris avait en effet jugé qu'un panier à salade dont les contours n'étaient pas nouveaux mais qui se caractérisait par l'emploi nouveau de la matière plastique ne pouvait être investi d'un droit d'auteur. La Cour déclarait « qu'il est impossible de découvrir la moindre apparence artistique à ces objets en plastique purement utilitaires, dénués de tout ornement et qui n'ont été conçus de toute évidence qu'en vue de leur fonction propre » ; « la loi de 1793 complétée en 1902 », ajoutait la Cour de Paris « n'a entendu protéger que les créations de l'art et non celles qui sont seulement utilitaires et dont la sauvegarde est suffisamment assurée par l'effet des lois du 5 juillet 1844 sur les brevets et du 14 juillet 1909 sur les dessins et modèles »¹⁹⁷. Pour la Cour de Paris, le domaine du droit d'auteur et celui des dessins et modèles pouvaient certes se recouvrir mais le cumul de ces deux régimes ne devait toutefois pas être considéré comme une règle absolue. L'arrêt de la Cour de Paris fut censuré par la Cour de Cassation. Celle-ci relevait que l'arrêt attaqué avait posé le principe qu'un objet d'usage ne pouvait bénéficier des dispositions de la loi de 1793-1902 « alors que rien ne s'oppose à ce qu'un objet utilitaire porte également un caractère artistique ou tout au moins esthétique, ce qui entraîne ipso facto l'application des textes susvisés »¹⁹⁸. La Cour de Cassation rejetait ainsi la distinction opérée par les partisans de la théorie du but entre les objets utilitaires — *Gebrauchsgegenstand* — et les objets servant à la décoration — *Schmuckgegenstand* —. Suivant les directives de la Cour de Cassation, les Cours françaises déclarèrent protégeable par la loi sur la propriété littéraire et artistique, un modèle de chaise relaxation qui avait fait en même temps l'objet d'un brevet d'invention¹⁹⁹, des modèles de verres à boire²⁰⁰, enfin des modèles de chemises²⁰¹.

La théorie de l'unité de l'art n'est plus guère contestée aujourd'hui en France même si certains auteurs déplorent « la confusion de sys-

¹⁹⁷ Cour de Paris 25 mai 1960 JCP 1960 II 11709 avec note P. Aymond. Dans le même sens, Cour de Paris 21 nov. 1958, PI 1959, p. 51, à propos de pièces détachées servant au montage de stores.

¹⁹⁸ Cass. 2 mai 1961 JCP 1961 II 12242. Même arrêt Cass. 30 octobre 1964 JCP 964 II 1349 avec note M. Plaisant.

¹⁹⁹ Cour de Paris 17 mars 1962 JCP 1963 II 13400.

²⁰⁰ Cour de Paris 8 octobre 1964. Dalloz 1965, p. 611.

²⁰¹ Tribunal de Grande Instance de Paris 2 mars 1968. Dalloz 1968, p. 448.

tèmes législatifs incontestablement différents par leur esprit ou par leur but »²⁰². En tout cas, le principe rend le régime des dessins et modèles superfétatoire car en dehors de la présomption de propriété et de nouveauté que confère le dépôt du modèle, on voit mal quel peut être l'intérêt à se prévaloir de la loi du 11 juillet 1909²⁰³. Il est certes préférable de prévoir le cumul absolu des deux régimes plutôt que de manipuler des critères distinctifs dont l'application donne des résultats arbitraires ; mais le principe de l'unité de l'art doit être considéré comme un pis-aller. Il ne faut pas oublier en effet que cette théorie est née d'une fausse querelle entre l'art et l'industrie. En s'appuyant sur des cas d'école tels la salière de Benvenuto Cellini ou les chandeliers de Raphaël on a cru justifier l'attraction dans l'orbite du droit d'auteur de productions intellectuelles qui n'avaient qu'une ressemblance toute apparente avec les créations relevant de ce régime. Le problème était mal posé au départ et il faudra rechercher avant toute chose les termes exacts de l'équation qui doit être résolue.

Section III :

CRITÈRES SE RAPPORTANT A LA VALEUR NOUVELLE CRÉÉE

124. Si les théories que nous avons examinées jusqu'à présent ont finalement conduit à la solution boiteuse du principe de l'unité de l'art, c'est parce qu'elles se rattachaient à une circonstance totalement extérieure à la création de forme, à savoir la nature de son support matériel. Les critères qui vont être maintenant discutés concernent tous la chose créée, la valeur nouvelle, le genre du support matériel passant complètement à l'arrière-plan. Ces critères se divisent en deux groupes dont le premier voit dans le degré d'originalité différent, l'élément qui distingue les œuvres d'art appliqué des dessins et modèles industriels, alors que le second considère qu'il y a une différence de nature entre ces deux types de productions. On retrouve donc les mêmes options — quantitatives et qualitatives — qui ont été évoquées lors de notre étude de l'institution du modèle d'utilité.

§ 1. CRITÈRES QUANTITATIFS.

125. Les critères quantitatifs constituent, en Suisse et en Allemagne, l'essentiel des règles de droit positif délimitant le champ d'application

²⁰² Massalisk et Dussolier : « Rapport du groupe français pour le Congrès de Berlin de l'AIPPI 1962 » n° 12, 1^{re} partie, p. 152.

²⁰³ Art. 13 al. 2.

du droit d'auteur envers celui du régime des dessins et modèles. L'évolution des conceptions dans ces deux pays démontre un certain parallélisme avec la France puisque l'on est parti de la théorie de la destination²⁰⁴ pour aboutir à un critère qui, tout compte fait, n'est pas très éloigné dans ses principes de la théorie de l'unité de l'art. Avec les critères quantitatifs on admet que la nature du bien protégé par l'un et l'autre des régimes est identique, la création portant sur une forme esthétique. Toutefois le modèle industriel se distinguerait de l'œuvre d'art appliqué par une différence d'intensité de l'activité créatrice déployée lors de la création. Le problème se pose donc dans les mêmes termes qu'en matière de droit des modèles d'utilité de sorte que l'on pourrait se borner à reprendre les considérations qui ont été développées précédemment. Cependant les critères quantitatifs font partie de notre système de droit positif : aussi nous paraît-il judicieux d'examiner, à la lumière des droits suisse et allemand, les conséquences auxquelles leur application conduit.

A) *Système allemand.*

126. La loi du 9 janvier 1907 concernant le droit d'auteur sur les œuvres des Beaux-Arts et sur les photographies — KUG — avait introduit dans l'énumération légale des objets protégés les œuvres d'art appliquées à l'industrie²⁰⁵. Depuis cette date, les créations de forme associées à un produit industriel n'étaient plus automatiquement bannies du régime du droit d'auteur. Dès lors les problèmes du rapport entre ce régime et la loi du 11 janvier 1876 sur les dessins et modèles se trouvaient posés. Malgré l'avis d'une partie de la doctrine qui préconisait le cumul absolu de ces deux régimes²⁰⁶, la jurisprudence du Tribunal d'Empire s'est rapidement orientée vers la solution d'un cumul partiel. Dans cette optique, les zones respectivement attribuées au droit d'auteur et au droit des dessins et modèles ne se recouvrent pas exactement. Seules les créations qui démontrent une originalité suffisamment marquée peuvent bénéficier de la double protection si, par ailleurs, les conditions de forme prévues par la loi sur les dessins et modèles ont

²⁰⁴ Voir pour l'Allemagne l'article 14 de la loi du 9 janvier 1876 sur le droit d'auteur. Voir pour la Suisse ATF 9 mai 1914 RO 40 II p. 357, JdT 1915 p. 356.

²⁰⁵ Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie ; jusqu'en 1965 le domaine du droit d'auteur en Allemagne était couvert par deux lois : la loi concernant le droit d'auteur sur les œuvres des Beaux-Arts et les photographies, de janvier 1907 — KUG — et la loi concernant le droit d'auteur sur les œuvres littéraires et musicales, du 19 juin 1901 — LUG. Depuis la promulgation de la loi du 16 septembre 1965, un seul texte régit toutes les productions de l'esthétique.

²⁰⁶ Dans ce sens, voir notamment Riezler, *op. cit.*, p. 459.

été respectées. En revanche, celles qui n'atteignent pas ce niveau demeurent soumises à la loi du 11 janvier 1876²⁰⁷.

Comment la jurisprudence a-t-elle exprimé juridiquement ce degré supérieur d'originalité qui place une production intellectuelle dans l'orbite du droit d'auteur ? Le Tribunal d'Empire a tout d'abord recouru à des critères de nature réelle, c'est-à-dire à ceux qui considèrent la création en rapport avec l'effet qu'elle produit dans la réalité extérieure²⁰⁸. Ainsi, dans un arrêt relatif à des caractères d'imprimerie destinés à un usage scolaire, le Tribunal d'Empire commence par affirmer que la frontière qui sépare le domaine des dessins et modèles de celui des œuvres d'art appliqué ne peut être fixée une fois pour toutes. La distinction tient dans une différence de degré qui touche au contenu — Gehalt — ou à l'effet esthétique plus ou moins important manifesté par la création : « le moindre ornement ajouté à un objet d'usage ne propulse pas celui-ci dans les sphères supérieures de l'art ». Pour qu'un objet industriel puisse être élevé au rang d'une œuvre d'art appliqué, il faut, dit le Tribunal d'Empire, « que la prédominance du caractère esthétique sur le caractère utilitaire de la forme soit telle que d'après l'opinion dominante on puisse encore parler d'art »²⁰⁹. Le critère repose donc entièrement sur l'importance de l'effet esthétique engendré par la forme. Or celui-ci paraît incapable d'être mesuré objectivement car l'esthétique est en réalité une qualité attribuée à un objet par le sujet qui le contemple²¹⁰. Le jugement sera nécessairement subjectif, à moins que l'on fasse intervenir des facteurs totalement étrangers à la valeur nouvelle créée. C'est à quoi a du reste été conduit le Tribunal d'Empire qui a fondé sa décision sur l'importance respective des éléments utilitaires et décoratifs de l'objet. Utilisé dans ce contexte, le critère de la prédominance de l'effet esthétique entraîne comme conséquence l'exclusion du champ d'application de la loi sur le droit d'auteur des créations se manifestant par des formes totalement intégrées au produit, sans ornementation superficielle²¹¹.

²⁰⁷ Furler, *op. cit.*, p. 50.

²⁰⁸ Voir *supra* n° 56.

²⁰⁹ RG 20 juillet 1911. RGZ 76, p. 339, 344 : « Ein Werck der angewandten Kunst liegt nur dann vor wenn der zu der Zweckmässigkeit der Form hinzukommende ästhetische Überschuss, gleichgültig, welches sein künstlerischer Wert ist, einen Grad erreicht hat, dass nach den im Leben herrschenden Anschauungen von Kunst noch gesprochen werden kann. »

²¹⁰ Voir *supra* n° 18. Voir aussi Schramm : Die schöpferische Leistung, p. 80 et suiv.

²¹¹ Pour une critique du critère de la prédominance de l'effet esthétique voir Schramm : Die schöpferische Leistung, p. 89, 97 et suiv., 159 et suiv. M. Are fait observer que le critère, ainsi appliqué, n'est pas très éloigné de la théorie du but car la décision va dépendre en réalité de la nature du support matériel — objet d'usage ou de décoration —. Are, *op. cit.*, p. 435. Il faut relever que le Tribunal d'Empire n'a pas maintenu très longtemps sa jurisprudence. Dans une série d'arrêts, il a admis que le but essentiellement pratique du support matériel

Dans un arrêt rendu par le Tribunal d'Empire à propos d'une poignée de porte dessinée par le fondateur du Bauhaus, l'architecte Gropius, le critère de la prédominance de l'effet esthétique change quelque peu de physionomie. Certes son application aboutit toujours à exclure du droit d'auteur les formes strictes, dépouillées de tous décors extérieurs. Mais l'importance de l'effet esthétique est désormais liée à l'intensité de l'activité créatrice déployée par le dessinateur. Le Tribunal d'Empire déclare, en effet, qu'une forme fonctionnelle où les éléments esthétiques sont entièrement absorbés par les éléments utilitaires ne démontre pas la présence d'une activité créatrice suffisante justifiant l'octroi d'un droit d'auteur²¹². Tout le problème est donc replacé dans le cadre des critères personnels ou subjectifs qui envisagent la création en rapport avec sa cause, avec l'acte qui lui a donné naissance²¹³.

La jurisprudence de la Cour fédérale s'inscrit dans la ligne des décisions rendues par le Tribunal d'Empire. La mesure de l'activité créatrice constitue le véritable critère distinguant l'œuvre d'art appliqué du modèle industriel²¹⁴. Mais contrairement au Tribunal d'Empire, la Cour fédérale ne pose aucun apriorisme pour l'appréciation du niveau de l'activité créatrice. Celle-ci peut tout aussi bien se manifester dans une forme épurée de toute ornementation que dans le décor extérieur de l'objet. Ce qui est essentiel, affirme la Cour fédérale dans une jurisprudence constante, c'est que « la prestation créatrice atteigne un degré tel que, selon le jugement normal des personnes familières avec les choses artistiques, l'on puisse encore dire qu'il s'agit d'une réalisation relevant du domaine de l'art ». L'exclusive prononcée par le Tribunal d'Empire dans l'arrêt Gropius est ainsi levée. Les formes totalement intégrées au produit industriel pourront par conséquent bénéficier de la protection du droit d'auteur si elles démontrent une originalité supé-

ne constituait pas en lui-même un obstacle à la protection par le régime du droit d'auteur. Voir notamment RG 17 avril 1929, RGZ 124, p. 48 et suiv. Voir aussi RG 12 juin 1937, RGZ 155, p. 199.

²¹² RG 14 juillet 1933, RGZ 139, p. 215. Il est à noter qu'avant l'arrêt Gropius, le Tribunal d'Empire avait déclaré protégeable par le régime du droit d'auteur un service de table — RG 17 avril 1929, RGZ 124, p. 73 — et une chaise métallique dessinée par Mark Stamm, RG 1^{er} juin 1932, GRUR p. 892, dont les lignes pures et dépouillées exprimaient totalement les conceptions artistiques de l'école du Bauhaus. Par rapport à ces décisions l'arrêt Gropius paraît faire marche arrière.

²¹³ La mesure de l'activité créatrice en tant que critère distinguant l'œuvre d'art appliqué du modèle industriel a été mise en évidence par le Tribunal d'Empire dans d'autres arrêts. Voir notamment RG 19 mars 1932 RGZ 135 p. 384, RG 12 juin 1937 RGZ 155 p. 199, 19 octobre 1937 JW 1938 p. 118, 12 septembre 1939 GRUR 1940, p. 59.

²¹⁴ Il faut donc en matière d'œuvre d'art appliqué une « Schaffungshöhe » ou « Gestaltungshöhe » supérieure à celle requise en matière de dessins et modèles. Voir dans ce sens Ulmer, *op. cit.*, p. 77, 131 et suiv. Gerstenberger, *op. cit.*, p. 54. Schranm : Die schöpferische Leistung, p. 161. Rintelen, *op. cit.*, p. 49.

rieure — künstlerische Leistung — à celle requise en matière de dessins et modèles — Geschmackliche Leistung —. La question doit être résolue de cas en cas, estime la Cour fédérale, encore que la frontière qui sépare les deux domaines ne doive pas être placée trop bas ²¹⁵.

B) *Système suisse.*

127. Avant l'entrée en vigueur de la loi fédérale du 7 décembre 1922, la possibilité d'une application cumulative du régime du droit d'auteur avec celui des dessins et modèles paraissait exclue. La loi du 23 avril 1883 sur le droit d'auteur ne contenait aucune disposition se référant aux œuvres d'art appliqué. Quant à la loi du 21 décembre 1888 sur les dessins et modèles, elle déclarait à son article 2 que les créations artistiques susceptibles d'être protégées par la loi du 23 avril 1883 ne pouvaient être considérées comme des dessins et modèles industriels. Cette règle ne fut toutefois pas reprise dans la loi du 30 mars 1900 sur les dessins et modèles industriels. Durant toute cette période, le Tribunal fédéral ne s'est pas fixé sur un seul genre de critères pour délimiter la portée respective des deux législations. Par exemple, le Tribunal fédéral mit au bénéfice de la loi sur le droit d'auteur des cartes postales car « la représentation figurative qui se trouve sur une photographie ou sur une carte postale... n'est pas destinée par l'auteur de cette œuvre à servir de modèle ou de type pour la reproduction même de l'œuvre... en matière de carte postale ce qui constituerait un dessin ou un modèle ce serait la nouvelle forme donnée à l'objet, mais non la représentation figurative imprimée » ²¹⁶. Il est regrettable que le Tribunal fédéral, dans sa jurisprudence ultérieure, n'ait pas persisté dans l'application d'un tel critère qui met l'accent sur la différence de fonction de chacun des régimes, donnant ainsi au problème sa véritable dimension. La théorie de la destination fut en effet adoptée par le Tribunal fédéral dans les arrêts précédant l'entrée en vigueur de la loi de 1922 ²¹⁷.

²¹⁵ Voir notamment : BGH 27 novembre 1956 BGHZ 22 p. 209 et 30 mai 1958 BGHZ 27 p. 351 à propos de caractères typographiques. 9 décembre 1958 GRUR 1959 p. 289 à propos de modèles de vases asymétriques. 27 février 1961 GRUR 1961 p. 635 à propos d'une chaise dessinée par Mark Stamm caractérisée par l'absence de tout support postérieur. 21 mai 1969 GRUR 1972 p. 38 à propos d'un modèle de verre à boire. Voir également Oberlandesgericht. Düsseldorf 23 avril 1954, GRUR 1954, p. 417, à propos de modèle de lustres. Pour la doctrine, voir en plus des auteurs cités sous note 214, Gerstenberger : Der Begriff des Kunstwerks in der bildenden Kunst. GRUR 1963, p. 245. Hennsler : Geschmacksmuster- und Urheberrecht für die industrielle Formgestaltung. GRUR 1957, p. 8. M. Heydt : Geschmacksmuster und Werke der angewandte Kunst. GRUR 1968, p. 530.

²¹⁶ TF 28 juin 1902. JdT 1902, p. 656, 671.

²¹⁷ Voir notamment TF 22 décembre 1908. JdT 1909, p. 440. ATF 9 mai 1914 40 II 357.

L'opposition marquée entre l'art pur et l'art industriel que sanctionne l'emploi du critère de la destination n'était conforme ni à la lettre ni à l'esprit de la loi du 7 décembre 1922 sur le droit d'auteur. Celle-ci mentionne, en effet, à son article premier les œuvres d'art appliqué au nombre des objets pouvant donner prise à un droit d'auteur. D'autre part l'article 5 de la loi ajoute que « le dépôt comme dessin ou modèle industriel d'une œuvre achevée ou en projet, visée par la présente loi, n'exclut pas la protection accordée par celle-ci ». La confusion des deux régimes devenait dès lors possible. Pour résoudre le problème, la jurisprudence s'est axée sur l'application des critères quantitatifs. Trois arrêts seulement donnèrent l'occasion à notre instance suprême d'affirmer ces principes. Dans l'arrêt *Miserez c/Jacot*²¹⁸ le Tribunal fédéral commence par définir l'œuvre protégeable par un droit d'auteur ; il doit s'agir de « la création de quelque chose d'original ayant son cachet propre et constituant le produit d'une idée personnelle ». L'œuvre d'art appliqué, dit le Tribunal fédéral, doit obéir aux mêmes conditions : il faut par conséquent qu'elle « se défende elle-même par son originalité sans l'appui de la présomption de nouveauté dont bénéficie le déposant du modèle ; l'œuvre doit être reconnaissable comme telle ». Examinant la création des demandeurs, en l'occurrence un modèle de meuble, le Tribunal fédéral constate « qu'il y a peut-être là une amélioration et quelque chose de nouveau, mais ce n'est pas une création originale au sens de la loi de 1922. L'innovation ne sort point du domaine de l'activité manuelle ; la nouveauté ne procède pas d'une idée créatrice ». L'activité créatrice est à nouveau opposée à l'habileté manuelle dans une affaire concernant des modèles de couverts²¹⁹. L'arrêt rappelle étrangement les considérants développés par le Tribunal d'Empire dans l'affaire *Gropius* : les modèles de couverts se voient refuser la protection découlant du régime du droit d'auteur en raison de l'extrême simplicité de leur configuration. « Sans doute » dit le Tribunal fédéral « le modèle créé par la demanderesse produit-il un effet esthétique à cause de la forme volontairement simplifiée qui lui a été donnée. Il lui manque toutefois ce qui est indispensable pour que l'on puisse parler d'une œuvre d'art, l'originalité. Car si la forme que la demanderesse a adoptée est incontestablement agréable à l'œil, il faut reconnaître que dans l'ensemble et même en tant qu'ornement elle lui a été dictée dans une certaine mesure par la fonction matérielle des objets auxquels elle doit s'appliquer. Comparée aux formes du style moderne, utilitaire qui, en 1929 régnait déjà en maître, le modèle de la demanderesse n'est en définitive qu'une variante qu'il était au pouvoir de n'importe quel artisan de créer ». Dans cette décision, le Tribunal fédéral, à l'instar du Tribunal d'Empire part de la pétition de principe, absolument gra-

²¹⁸ ATF 4 février 1942. 68 II 53. JdT 1942, p. 204.

²¹⁹ ATF 22 novembre 1949 75 II 355.

tuite du reste, que les formes pures, dépouillées de toute décoration extérieure, de toute ornementation superficielle ne procéderaient pas d'une activité créatrice suffisamment élevée pour justifier l'application des dispositions légales sur le droit d'auteur. S'il est vrai, comme nous le démontrerons par la suite, que de telles formes doivent rester à l'écart de ce régime, ce n'est certainement pas parce que l'originalité qu'elles manifestent serait d'un niveau inférieur à celle de la création ornementale de style baroque ou rococo.

Cette volonté d'exclure de la portée de la loi sur le droit d'auteur les productions dont le caractère esthétique se traduit dans les lignes mêmes du produit fut confirmée par le Tribunal fédéral dans l'arrêt Noël Dentelles S.A.²²⁰. Dans cette affaire, la demanderesse revendiquait un droit d'auteur pour un dessin de broderie sur une nappe représentant des chardons stylisés. Le dessin n'avait ici qu'une fonction décorative, aussi le Tribunal fédéral l'éleva-t-il au rang d'une œuvre d'art appliqué : « elle (le dessin) n'est aucunement assujettie au but d'utilité de la nappe. Le champ est dès lors largement ouvert à la création de forme ; il en va autrement pour les meubles, les services de table et autres objets d'usage courant dont la forme dépend en général étroitement de leur fonction utilitaire de sorte qu'il ne reste plus ou peu de place pour la recherche artistique. » De telles formes, ajoute le Tribunal fédéral, « ne dépassent généralement pas le niveau des solutions usuelles ou de l'habileté artisanale ».

C) Critiques des critères quantitatifs ; la théorie de M. Troller.

128. Les théories quantitatives sont tout aussi inaptes à définir les rapports entre le droit d'auteur et le régime des dessins et modèles qu'à traduire les caractères distinguant le modèle d'utilité de l'invention technique. Les critiques formulées à cette occasion peuvent donc être ici répétées. Les solutions proposées par les Cours suisses et allemandes ne seraient acceptables que si le régime des dessins et modèles ne prévoyait comme condition matérielle de protection que la nouveauté simple. Or dans ces deux pays la loi ne se contente pas d'une différence quelconque ; elle exige au contraire que la production intellectuelle présente une diversité qualifiée par rapport aux formes préexistantes²²¹. A cet égard, les termes de l'arrêt paru au recueil ATF 75 II 355 peuvent être la source d'interprétations erronées. Le Tribunal fédéral paraît en effet opposer l'originalité de l'œuvre d'art appliqué à la nouveauté du modèle industriel, laissant ainsi entendre que cette condition suffirait pour permettre l'application du régime. Tel n'est en réalité pas le cas. Pour bénéficier de la protection légale, la forme doit,

²²⁰ ATF 4 avril 1950 76 II 97.

²²¹ Sur la condition de l'originalité du modèle voir *infra* n° 141.

en droit suisse, être originale, c'est-à-dire « manifester un minimum d'esprit inventif qui lui confère un caractère individuel, un cachet particulier de sorte que la forme ne soit pas celle qui vienne immédiatement à l'esprit »²²². Comment, dès lors, reconnaître une « künstlerische Leistung » d'une « geschmackliche Leistung »²²³ ? En quoi réside donc la différence entre une « nouveauté » qui « dépasse le niveau des solutions usuelles ou de l'habileté artisanale »²²⁴ et celle qui « manifeste un minimum d'esprit inventif »²²⁵. Au niveau d'une application pratique, la distinction n'est pas traduisible.

L'impossibilité de qualifier l'originalité oblige le juge à fonder sa décision sur des considérations arbitraires en marge des réalités et condamne par conséquent tout recours aux critères quantitatifs. Dire, comme le soutient le Tribunal fédéral, que la conception d'une forme qui se manifeste dans les lignes mêmes d'un objet utilitaire ne démontre pas une originalité suffisante pour être placée au rang d'une œuvre d'art, c'est confondre cette condition avec le nombre des contingences imposées à l'artiste. Pour être conséquent avec lui-même, le Tribunal fédéral devrait refuser aux ouvrages scientifiques et historiques la qualification d'œuvre littéraire sous prétexte que le savant, l'historien est obligé, de par le sujet traité, à respecter un certain ordre dans l'exposé des matières. L'originalité serait ainsi fonction non pas de l'activité créatrice déployée, mais de la plus ou moins grande liberté dont jouit l'auteur dans son acte de création. En réalité, dès lors que le choix d'une forme n'est pas absolument imposé par des contingences extérieures, dès lors que l'artiste conserve la possibilité de s'exprimer quand bien même sa liberté serait relative, il y a place pour une création originale²²⁶. L'activité créatrice déployée lors de la conception d'un meuble, d'un service de table, d'une poignée de porte peut être tout aussi intense si ce n'est supérieure à celle qui a présidé à la création d'un dessin de broderie. En voulant à tout prix graduer une notion qui échappe à toute estimation quantitative, le Tribunal fédéral en arrive à dénaturer le sens véritable de la condition de l'originalité.

Pareil reproche ne peut certes pas être adressé à la Cour fédérale puisqu'elle s'est refusée à suivre les conclusions du Tribunal d'Empire exposées dans l'affaire Gropius. Toutefois la méthode préconisée par la Cour fédérale pour fixer la nature de l'activité créatrice qui élèvera une production intellectuelle au rang d'œuvre appliquée n'est guère convaincante et conduira nécessairement à une impasse. Selon la Cour fédérale, le juge doit se placer à l'époque de la conception de la forme

²²² ATF 17 déc. 1957 83 II 477. 23 décembre 1958 84 II 653. 21 mars 1961 87 II 49.

²²³ Voir notamment BGH 9 décembre 1958. GRUR 1959, p. 289.

²²⁴ ATF 4 février 1942 58 II 53.

²²⁵ ATF 17 décembre 1957 83 II 477.

²²⁶ Voir *supra* n° 44. Dans le même sens Troller : Immaterialgüterrecht, vol. I, p. 467.

et rechercher si cette dernière, comparée avec ses antériorités, présente des différences qui sont telles qu'elles lui permettent de franchir la frontière qui sépare le domaine de la création artistique de celui du modèle industriel. Cette condition ne sera pas remplie lorsque l'innovation se caractérise comme une adaptation évidente, usuelle de formes déjà connues ²²⁷. La démarche est en soi exempte de toute critique. Toutefois elle est applicable dans n'importe quelle branche de la propriété intellectuelle où un droit de monopole est revendiqué. Ainsi en matière de dessins et modèles, toute prestation qui dépasse ce qu'un dessinateur moyen aurait pu réaliser en s'inspirant des formes préexistantes satisfait à la condition d'originalité prévue par la loi ²²⁸. Dans cette perspective, l'originalité requise pour l'œuvre d'art appliqué ne se distingue en rien de celle que doit manifester le modèle industriel.

Les théories quantitatives pèchent toutes par la même erreur : elles partent en effet du principe qu'il est possible de fixer l'originalité d'une production dans un sens positif. Or cette condition ne peut être définie juridiquement que dans un sens négatif. Le juge est certes en mesure de dire d'une prestation qu'elle a franchi ou non le seuil qui sépare l'activité usuelle, routinière de l'activité créatrice, mais il ne pourra jamais apprécier la mesure de ce dépassement. En d'autres termes, la condition de l'originalité traduit sur le plan juridique le passage d'une différence quantitative à une différence qualitative. Elle n'est en revanche jamais capable de fixer l'importance des différences une fois le niveau qualitatif atteint ²²⁹.

M. Troller, qui a pourtant combattu l'idée d'une qualification de la condition de l'originalité, nous propose une solution qui n'est guère éloignée de celles qui viennent d'être discutées. Pour cet auteur, l'œuvre représente un tout, une unité esthétique. La forme nouvelle, estime M. Troller, ne peut par conséquent constituer une œuvre d'art appliqué que si elle a été créée dans son intégralité. Il faut donc que l'auteur produise une individualité esthétique indépendante des formes appartenant au patrimoine commun. Si en revanche le dessinateur s'est borné à reprendre des formes connues dont il aura modifié certains éléments,

²²⁷ Voir notamment BGH 30 mai 1958. BGHZ 27, p. 351. 27 février 1961. GRUR 1961, p. 435. Voir aussi Schramm : Die schöpferische Leistung, p. 160 et suiv.

²²⁸ Voir notamment BGH 30 septembre 1964. GRUR 1965, p. 198.

²²⁹ Dans l'arrêt relatif à la création de Mark Stamm, GRUR 1961, p. 635, la Cour fédérale allemande a reconnu que l'application des critères quantitatifs est un facteur d'insécurité juridique. Dans la littérature, les critères quantitatifs ont été critiqués par Heydt, *op. cit.*, 935 ; et Nordemann : Zur Abgrenzung des Geschmacksmusterschutzes vom Urheberschutz 50 Ufita (1967), p. 906. Cet auteur fait observer qu'il n'est pas logique de graduer l'originalité dans le domaine des Beaux-Arts alors que dans le domaine musical ou littéraire, le droit n'opère aucune distinction entre la grande et petite œuvre.

seul le régime des dessins et modèles devient applicable²³⁰. La thèse de M. Troller suppose que l'œuvre d'art soit une création absolue qui ne doive rien au passé ; mais la création possède toujours un caractère relatif. L'œuvre n'est jamais nouvelle dans tous ses éléments dont certains auront été tirés du propre fond de l'artiste, les autres provenant du patrimoine culturel préexistant²³¹. Si l'hypothèse d'une création absolue doit être écartée, la distinction opérée par M. Troller revient en fait à graduer la condition de l'originalité. L'application du régime du droit d'auteur deviendrait ainsi fonction de l'importance de la différence que marque la création de forme par rapport aux entités préexistantes. On retombe donc en plein dans les théories quantitatives car l'importance de cette différence n'est rien d'autre qu'un degré supérieur d'originalité qui, comme nous l'avons vu, ne peut être exprimé juridiquement.

§ 2. LES CRITÈRES QUALITATIFS.

129. Les critères qualitatifs distinguent l'œuvre d'art appliqué du modèle industriel non plus d'après l'intensité de l'activité créatrice mais d'après la nature même du bien protégé par chacun des régimes. L'application de ces critères a été consacrée sur le plan du droit positif par l'ordre juridique italien. Avant de procéder à l'examen de la théorie de la dissociation telle qu'elle a été développée par la doctrine et la jurisprudence pour être ensuite incorporée à la loi italienne sur le droit d'auteur du 20 avril 1941, il nous faut brièvement rappeler les fondements qui sont à l'origine de la conception italienne.

A) *Les théories de Kohler et de Schanze.*

130. Kohler²³² et Schanze²³³ ont eu le mérite, compte tenu de l'époque où ils écrivaient, d'avoir considéré l'œuvre associée à un produit industriel pour elle-même sans égard à la nature de son support matériel. Une œuvre d'art reste une œuvre d'art, dit Kohler, quand bien même elle aurait été transposée sur un objet d'usage. Pour Kohler et Schanze, ce qui distingue les dessins et modèles industriels de l'œuvre d'art

²³⁰ Troller.: Immaterialgüterrecht, vol. I, p. 482 ; *id.* : Originalität und Neuheit der Werke der Literatur und Kunst und der Geschmacksmuster dans Fritz Hodeige : Das Recht am Geistesgut, cité sous note 253. Il faut cependant relever que Troller a tout d'abord été un partisan de la théorie de l'unité de l'art. Voir Troller : Kunstgewerbe und Geschmacksmuster. GRUR 1949, p. 167 et suiv.

²³¹ Voir *supra* n° 42.

²³² J. Kohler : Kunstwerkrecht, p. 27 et suiv.

²³³ Schanze : Die Bildwerktheorie. GRUR 1929, p. 169 ; *id.* : Der Kunstschutz und Musterschutz in Deutschland und in der Schweiz. GRUR 1911, p. 11.

appliqué, c'est la présence chez cette dernière d'une représentation, d'une image reflétant la réalité ou quelque chose qui lui est analogue²³⁴. Dans l'œuvre d'art, l'image conserve toujours ce pouvoir représentatif, qu'elle soit imprimée ou non sur un objet d'usage. Celui-ci n'exerce qu'une fonction instrumentale, celle de rendre la création perceptible au monde extérieur. Mais la valeur esthétique créée est totalement indépendante de cette incorporation. En revanche, l'ornement, l'arabesque sont dénués de tout caractère expressif et partant n'acquièrent de valeur qu'en relation avec l'objet qu'ils décorent et dont ils sont inséparables. Un ornement considéré dans l'abstrait ne possède aucune signification pour lui-même : son existence n'est justifiée que lorsqu'il est associé à une chose matérielle.

Les théories de Kohler et Schanze procèdent d'une conception philosophique de l'art aujourd'hui dépassée. Le domaine de l'art ne saurait être limité à la seule expression figurative où l'objet de la représentation est déterminé a priori. La peinture et la sculpture abstraites appartiennent au genre artistique et le droit serait mal venu de leur contester cette qualité²³⁵. L'image ainsi opposée à l'ornement, à l'arabesque est une distinction qui ne tient pas. L'intérêt des thèses de Kohler et de Schanze réside toutefois dans le fait d'avoir mis l'accent sur le caractère autonome de l'œuvre par rapport au corps matériel — corpus mechanicum — qui en constitue le support.

B) *Les théories d'Hoffmann et d'Elster.*

131. Hoffmann²³⁶ et Elster²³⁷ ont cherché à tirer de la théorie de la « Welterschöpfungsidee » des conséquences applicables au domaine des dessins et modèles. Pour ces auteurs, l'œuvre d'art en tant qu'expression d'une réalité s'oppose au modèle industriel qui appartient à cette réalité. Dans un cas la valeur créée est indépendante de la réalité et vient en quelque sorte se superposer à cette dernière alors que dans l'autre elle s'y trouve confondue. Pour Hoffmann et Elster le modèle industriel ne représente rien car il est lui-même une portion du monde matériel. Toute sa valeur tient dans ce qu'il va servir de type à la reproduction industrielle d'objets. Une fois cette fonction accomplie le modèle n'offre plus aucun intérêt ; il ne peut être distingué de la série qui a été fabriquée d'après ses caractéristiques. Prototype et copies sont donc parfaitement fongibles. Tel n'est pas le cas de l'œuvre d'art qui garde toute sa valeur indépendamment d'une utilisation industrielle possible. L'exemplaire original de l'œuvre conserve son individualité malgré l'exploitation industrielle qui pourrait en être faite.

²³⁴ Voir *supra* n° 25.

²³⁵ Voir dans ce sens Are, *op. cit.*, p. 440.

²³⁶ W. Hoffmann : *Werk, Erzeugnis und Muster*. JW 1934, p. 78.

²³⁷ A. Elster : *Urheberschutz oder Musterschutz* 7 Ufita (1934), p. 345.

Hoffmann et Elster ont donc reposé la question du conflit entre l'art et l'industrie en des termes nouveaux ; la valeur de la création par rapport à sa destination industrielle devient ainsi le facteur déterminant. Selon que cette valeur est autonome ou qu'elle dépend d'une application dans l'industrie, la forme sera soumise au régime du droit d'auteur ou à celui des dessins et modèles. Ces thèses revêtent un grand intérêt : elles mettent en évidence une des caractéristiques essentielles du modèle industriel qui le distingue des œuvres d'art appliqué. Toutefois Hoffmann et Elster ne fournissent aucun critère juridique permettant de reconnaître l'autonomie de la création de forme en tant qu'individualité esthétique de sa fonction de prototype liée à la reproduction en série d'objets industriels.

C) *Le critère de la dissociation en droit italien.*

a) *Aperçu historique.*

132. Sous l'empire de la première loi italienne du 19 septembre 1882 sur la propriété littéraire et artistique, les œuvres d'art appliqué n'étaient pas formellement exclues du régime du droit d'auteur. Les rapports entre cette législation et la loi du 30 août 1868 sur les dessins et modèles industriels posaient des problèmes loin d'être résolus dans la doctrine et la jurisprudence de cette époque. La vieille querelle de principes sur l'art pur et l'art industriel mit aux prises partisans et adversaires d'une assimilation complète de ces deux régimes. Cependant, avec l'entrée en vigueur de la loi du 7 novembre 1925 sur le droit d'auteur, le législateur italien semblait s'être rallié au courant doctrinal favorable à la théorie de l'unité de l'art. Par rapport au texte de 1882, la loi innovait sur deux points : d'une part le principe que la protection légale doit être accordée à toute création de l'esprit quel qu'en soit le mérite ou la destination y était expressément affirmé ; d'autre part la loi de 1925 mentionnait les œuvres d'art appliqué dans l'énumération légale des objets protégés. On a soutenu dans la doctrine que si le mérite artistique ou la destination de l'œuvre ne permettait plus d'interdire l'accès d'une production intellectuelle au régime du droit d'auteur, cela signifiait que la loi du 7 novembre 1925 recouvrait entièrement le domaine de la loi du 30 août 1868²³⁸. Malgré tout le talent que cette doctrine mit au service de l'unité de l'art, la jurisprudence italienne ne suivit pas cette orientation. Conformément aux enseignements de Piola-Caselli, la Cour de Cassation forgea le critère de la dissociation qui allait tracer la frontière entre le régime du droit d'auteur et celui des dessins et modèles industriels. Le critère fut adopté par le législateur

²³⁸ Notamment par Di Franco, *op. cit.*, p. 215 ; *id.* : *Nozione Teorica e disciplina legale dell'arte applicata a l'industria*. Dir. aut. 1940, p. 269.

italien dans la loi actuellement en vigueur du 22 avril 1941 sur le droit d'auteur. Celle-ci prévoit en effet à son article 2 alinéa 4 que « les œuvres d'art appliqué peuvent faire l'objet d'un droit d'auteur dans la mesure où la valeur artistique est dissociable du caractère industriel du produit ». Quant au décret royal du 25 août 1940 sur les dessins et modèles industriels, il déclare expressément à son article 5 alinéa 2 que « les dispositions relatives au droit d'auteur ne sont pas applicables aux dits modèles et dessins ». Il faut également ajouter que la loi du 22 avril 1941 supprime toute référence au mérite artistique de la création intellectuelle, ce qui renforce encore l'idée du non cumul entre ces deux régimes. Le législateur italien a donc marqué sa volonté de distinguer sur le plan du droit positif les créations relevant de la loi sur le droit d'auteur de celles obéissant au régime des dessins et modèles. Cette intention se manifeste par ailleurs dans les règles relatives à la durée de la protection où le délai extrêmement bref prévu par la loi sur les dessins et modèles s'oppose à la protection de longue durée conférée par le régime de la propriété littéraire et artistique ²³⁹.

b) *Le critère de la dissociation selon Piola-Caselli.*

133. Le critère de la dissociation constitue la charnière autour de laquelle vont s'articuler le régime du droit d'auteur et celui des dessins et modèles. Son origine remonte aux travaux de Piola-Caselli qui, le premier, en posa les fondements théoriques. On sait que selon Piola-Caselli, l'œuvre constitue avant tout la mise en forme d'un certain contenu d'idées, de sentiments destinés à être communiqués au monde extérieur. L'œuvre naît ainsi d'un besoin que ressent l'artiste de délivrer à ses contemporains un message spirituel. De par cette fonction représentative, l'utilité de l'œuvre est totalement épuisée dès lors que celui auquel elle est destinée en a pris connaissance. Malgré certaines attaches avec le monde matériel, la valeur de l'œuvre se situe donc sur un plan essentiellement intellectuel. L'œuvre d'art appliqué à l'industrie, enseigne Piola-Caselli, doit conserver malgré son association à un produit industriel ce même caractère représentatif ; elle est alors définie par l'éminent auteur italien comme la production intellectuelle « qui peut se concevoir comme une œuvre d'art pur lorsqu'on la dissocie des éléments matériels qui lui donnent le caractère de produit industriel ». En revanche, ajoute Piola-Caselli, toutes les réalisations « qui, par le dessin, la couleur, l'ornementation accessoire démontrent un élément artistique qui cependant est partie intégrante et ne peut être conçue comme une œuvre en soi indépendamment du produit » doivent être soumises au régime des dessins et modèles ²⁴⁰.

²³⁹ Voir article 9 du décret royal italien du 25 août 1940 qui prévoit une durée de protection de quatre ans à partir du dépôt de la demande.

²⁴⁰ Piola-Caselli, *op. cit.*, p. 108 et suiv. ; *id.* : L'allacciamento della protezione dell'arte industriale con la protezione del diritto d'autore. Dir. aut. 1939, p. 15.

La doctrine de Piola-Caselli traduit par la formulation d'un critère utilisable juridiquement l'essentiel des théories de Kohler et de Schanze. Du moment qu'une création de forme incorporée à un produit industriel ne possède plus aucun caractère représentatif, du moment que dissociée de son support matériel elle perd toute signification, cette création ne bénéficiera plus des dispositions de la loi sur le droit d'auteur. Par contre, si la fonction représentative persiste en dépit de cette incorporation, la loi sur la propriété littéraire et artistique reste applicable.

c) Le critère de la dissociation dans la jurisprudence de la Cour de Cassation.

134. Avant l'entrée en vigueur de la loi du 22 avril 1941, la Cour de Cassation a eu l'occasion d'appliquer le critère de la dissociation dans quelques arrêts. Ainsi des sculptures en bois de personnages folkloriques du Val Gardena destinées à orner des bouchons de liège furent mises au bénéfice de la loi sur le droit d'auteur car « la manifestation artistique » était totalement « indépendante des éléments matériels constituant le produit industriel »²⁴¹. En revanche la forme nouvelle donnée à des caractères typographiques fut considérée comme une partie intégrante du produit auquel elle conférait un caractère esthétique et de ce fait fut soumise aux dispositions de la loi sur les dessins et modèles²⁴².

Malgré certaines ressemblances extérieures, le critère de la dissociation ne doit pas être confondu avec la théorie du but. C'est du moins ce qui ressort assez clairement de deux décisions de la Cour de Cassation. Dans une première affaire la Cour de Cassation censura la Cour de Naples qui, à propos de cartes à jouer dont l'envers était décoré d'un motif de style dit écossais, avait appliqué le critère de la dissociation en tenant compte du but poursuivi par le dessinateur : « lorsque, comme dans le cas présent » avait jugé la Cour de Naples « le dessin a été créé en vue d'assurer au produit une plus grande diffusion commerciale, il devient impossible de le concevoir comme une œuvre artistique autonome et indépendante du produit sur lequel il est appliqué ». Tout en affirmant pour d'autres motifs, la décision rendue par la Cour de Naples, la Cour de Cassation n'en condamnait pas moins cette interprétation de la théorie de la dissociation qui, en fait, aboutissait à des résultats identiques à ceux obtenus avec l'application du critère du but²⁴³.

Dans une seconde affaire concernant des sachets de semences sur lesquels étaient reproduits des dessins de fleurs, la Cour de Cassation

²⁴¹ Cass. 22 nov. 1935 — 25 janvier 1933. D. aut. 1933, p. 50.

²⁴² Cass. 9 nov. 1937. D. aut. 1939, p. 39.

²⁴³ Cass. 10 juin 1938. D. aut. 1938, p. 179, sur appel Cour de Naples 9 juillet 1937 : Rassegna 1937, p. 92, avec note de Sanctis. Dir. aut. 1937, p. 481.

mit en évidence ce que ces deux critères avaient d'essentiellement différent. L'instance inférieure, la Cour d'Appel de Milan, avait débouté la demanderesse qui revendiquait la protection du droit d'auteur sous prétexte que les dessins visaient un but essentiellement publicitaire et perdaient toute raison d'être une fois cette fonction accomplie. Cette argumentation fut jugée par la Cour de Cassation incompatible avec la nature du critère de la dissociation tel qu'il avait été formulé par le législateur dans le texte du 22 avril 1941. Le but poursuivi par l'auteur, le fait qu'il ait voulu exploiter les ressources de l'art pour faciliter la vente de ses produits ne saurait, disait la Cour de Cassation, faire obstacle à l'application des règles sur le droit d'auteur : des panneaux publicitaires constituent des œuvres de l'esprit même si le but recherché est avant tout commercial.

« L'œuvre d'art appliqué » ajoutait la Cour de Cassation « se distingue des dessins et modèles ornementaux parce qu'elle conserve une individualité artistique alors que ceux-ci tendent seulement à rendre plus esthétique et plus agréable un produit. Ils n'ont ainsi pas de valeur représentative autonome et de ce fait ne peuvent être conçus comme une œuvre en soi lorsqu'ils sont dissociés du produit »²⁴⁴. A cet égard la Cour de Cassation précisait que la dissociation pouvait rester purement idéale ou abstraite. Il n'est donc pas nécessaire, pour qu'une production puisse être qualifiée d'œuvre d'art appliqué à l'industrie, qu'elle soit matériellement séparable du produit auquel elle est incorporée. Il suffit qu'on puisse l'envisager sur un plan idéal comme une individualité esthétique autonome des éléments matériels auxquels elle est associée.

d) *Le critère de la dissociation et les théories quantitatives.*

135. Certains auteurs ont interprété la portée de l'article 2 alinéa 4 de la loi du 22 avril 1941 dans le contexte des théories quantitatives. Ainsi pour M. Auletta la dissociation constitue tout au plus la preuve que la forme a atteint une valeur artistique telle qu'elle mérite d'être investie d'un droit d'auteur. Le critère s'inscrit ainsi dans le cadre de l'appréciation du degré d'originalité ou de l'importance de l'effet esthétique de la création. En d'autres termes, la dissociation constituerait un moyen parmi d'autres permettant d'établir si la mesure de l'activité créatrice déployée est suffisante pour mettre en œuvre le régime du droit d'auteur. Cette interprétation appelle les mêmes réserves que celles qui ont été formulées lors de notre exposé des théories quantitatives : le fait qu'une forme puisse ou non être dissociée du produit industriel sur lequel elle est imprimée ne devrait entraîner aucune incidence sur

²⁴⁴ Cass. 22 oct. 1956. Riv. dir. ind. 1960 II, p. 122, 142. Voir aussi App. Milan 17 juillet 1933. Dir. aut. 1934, p. 39. 22 oct. 1935. Dir. aut. 1936, p. 44. 22 oct. 1935. Rassegna 1936, p. 74. App. Milan 16 février 1962. Dir. aut. 1963, p. 509. Tribunal Milan 6-26 juin 1965. Riv. dir. ind. 1963 II, p. 213.

le niveau de son originalité. M. Auletta part donc d'une pétition de principe qui rappelle celle avancée par le Tribunal fédéral dans l'affaire Noël Dentelles. Dans la conception de M. Auletta le critère de la dissociation ne revêt plus aucun intérêt²⁴⁵.

L'optique de M. Vercellone est quelque peu différente. Pour cet auteur, l'application du critère de la dissociation détermine deux genres de situations qui relèvent chacune du droit des dessins et modèles. Dans une première hypothèse, la forme peut être parfaitement dissociée du produit industriel et faire l'objet d'une appréciation esthétique autonome. Mais le fait même de cette dissociation lui enlève tout caractère original. Par exemple, la décoration figurant sur l'envers des cartes à jouer n'acquiert son originalité que lorsqu'elle est associée à un produit. Considéré pour lui-même, abstraction faite de la carte, l'ornement de type écossais se présente comme une adaptation triviale, banale de formes déjà connues. Dans un tel cas, estime M. Vercellone, et malgré le caractère dissociable de la forme, seul le régime des dessins et modèles peut être invoqué. Il en va de même, poursuit cet auteur, si la forme n'est concevable qu'en tant que qualité esthétique d'un certain produit, c'est-à-dire lorsque l'appréciation esthétique ne peut porter que sur le produit au travers de sa forme. M. Vercellone attribue donc au régime des dessins et modèles toutes les créations de forme qui sont indissociables du produit auquel elles sont incorporées et celles qui, tout en pouvant faire l'objet d'un jugement esthétique indépendant, ne manifestent leur originalité qu'avec le produit sur lequel elles sont appliquées. Dans ce dernier cas le critère de la dissociation est lié à l'originalité alors que dans l'autre les deux concepts demeurent séparés²⁴⁶.

Dans quelle mesure le jugement sur la dissociation est influencé en droit positif italien par des considérations qui s'attachent à l'importance de l'effet esthétique ou au degré d'originalité de la forme est une question que nous ne discuterons pas ici²⁴⁷. Il nous faut par contre souligner que le critère de la dissociation ne peut avoir de valeur pour le problème qui nous occupe que s'il est rendu totalement indépendant de l'appréciation de l'originalité. C'est du reste ce que soutient avec pertinence Bonasi-Benucci : le caractère dissociable de la forme ne permet pas encore de conclure à l'originalité de la production. Une fois établie l'autonomie de la forme par rapport au produit, l'on devra dans un

²⁴⁵ Auletta, *op. cit.* ad Art. 2593, p. 325 et suiv.

²⁴⁶ P. Vercellone : Arte figurativa e modelli e disegni ornamentale. Riv. dir. com. 1958 II, p. 172.

²⁴⁷ Voir sur ce point Bonasi-Benucci, *op. cit.*, p. 244. Comme le fait remarquer le commentateur anonyme de l'arrêt de la Cour de Cassation du 22 octobre 1956, cité sous note 244, l'application du critère de la dissociation sans aucune référence à l'originalité aurait dû conduire à la protection des cartes à jouer par le régime du droit d'auteur. Voir Riv. propr. int. e ind. 1956, p. 238.

second temps examiner si la forme ainsi dissociée présente un caractère original légitimant son assujettissement au régime du droit d'auteur²⁴⁸. Ainsi les reproductions de fleurs sur des sachets de semences constituent certes une représentation totalement indépendante des objets matériels sur lesquels elles sont appliquées. Pour cette raison déjà, elles doivent être exclues de la portée de la loi sur les dessins et modèles. Mais ces productions ne pourront se prévaloir des dispositions légales sur la propriété littéraire et artistique que si elles répondent aux conditions prévues par ce régime — nouveauté, originalité —²⁴⁹.

e) *Les conséquences de l'application du critère de la dissociation.*

136. L'application du critère de la dissociation permettra au juge de distinguer l'hypothèse de l'association accidentelle d'une réalisation esthétique à un produit industriel de celle où la forme a été créée en fonction de cette destination. Lorsque la forme ne peut être imaginée « idéalement en dehors du produit dans lequel elle est réalisée »²⁵⁰, elle devient une partie intégrante, une qualité de ce dernier. Ainsi la forme d'une jupe représente une qualité du vêtement au même titre que la matière, le tissu dont elle est confectionnée. L'appréciation esthétique est dirigée directement sur l'objet avec toutes ses caractéristiques formelles de sorte que la suppression de la forme conduirait à l'anéantissement de l'objet. Ces considérations valent également pour les configurations qui délimitent spatialement les contours de toute sorte d'objets d'usage, tels par exemple une chaussure, une automobile, un meuble, un service de table, etc. Dans tous ces cas la forme n'a pas d'existence autonome ; elle s'intègre aux autres propriétés du produit, participant ainsi à sa définition²⁵¹. En revanche si la forme a été ajoutée à l'objet, si elle en constitue l'accessoire, sa disparition n'affecte en rien la performance du produit. Malgré son association à un objet d'usage, elle conserve son caractère représentatif susceptible d'une jouissance esthétique autonome. Le produit lui sert certes de support matériel mais la forme n'est pas liée à un objet déterminé²⁵². Ainsi la forme que Benvenuto Cellini a donnée à sa célèbre salière aurait tout aussi bien pu être

²⁴⁸ Bonasi-Benucci, *op. cit.*, p. 244.

²⁴⁹ A l'étranger, le critère de la dissociation a souvent été interprété dans un sens différent. Ainsi pour M. Troller, il n'y a aucune différence entre la dissociation et l'ancien critère du Tribunal d'Empire de la prédominance de l'effet esthétique sur l'effet utilitaire de la forme. Voir Troller : *Immaterialgüterrecht*, vol. I, p. 468.

²⁵⁰ Rotondi, *op. cit.*, p. 303 et suiv.

²⁵¹ Greco-Vercellone, *op. cit.*, p. 402. Ascarelli, *op. cit.*, p. 675.

²⁵² Voir notamment Tribunal Milan 6-26 juin 1963. Riv. dir. ind. 1963 II, p. 213, à propos d'une poupée réalisée d'après le dessin d'une souris « hominisée ». La forme, en l'occurrence l'image de la souris, était parfaitement dissociable de l'objet matériel, la poupée, puisqu'elle avait fait l'objet d'une représentation télévisée.

appliquée sur une bonbonnière ou sur un encrier sans nuire à la destination pratique de ces articles. Ce dualisme de la forme et de l'objet est en revanche absent dans le domaine des dessins et modèles. La forme d'une chaussure ne vient pas se superposer à cet objet ; elle constitue elle-même la chaussure et ne pourrait être transposée sur un autre article utilitaire tel, par exemple, un lampadaire²⁵³. Dans un cas la forme apparaît comme un élément occasionnel de la production de l'objet, dans l'autre comme un facteur nécessaire.

La théorie de la dissociation entraîne donc comme première conséquence l'assujettissement au régime des dessins et modèles des créations de forme dont le caractère esthétique se manifeste dans les lignes mêmes du produit. En d'autres termes, seront soumises à ce régime les formes dites fonctionnelles, dépouillées de toute ornementation et qui partant ne peuvent être conçues par l'esprit sans l'objet matériel qu'elles circonscrivent dans l'espace. Le critère rejoint donc, mais pas pour les mêmes motifs, les conclusions du Tribunal fédéral et du Tribunal d'Empire dans les arrêts Noël Dentelles S.A. et Gropius. D'une manière générale, on peut dire que le régime va concerner presque exclusivement les modèles, c'est-à-dire les formes à trois dimensions, à moins que celles-ci n'aient été ajoutées à l'objet sans perdre par là leur caractère autonome²⁵⁴. La seconde conséquence qui résulte de l'application du critère, c'est que la forme à deux dimensions, le dessin ou la combinaison de lignes seront mis au bénéfice de la loi sur le droit d'auteur dans la mesure naturellement où leur originalité peut être établie²⁵⁵. Il est en effet extrêmement rare qu'un dessin puisse être considéré comme une partie intégrante d'un objet d'usage. Dans la plupart des cas, il est conçu indépendamment du produit pour être ensuite surajouté à ce dernier en guise d'ornement ou de décors extérieurs ; il paraît du reste si peu incorporé à l'objet qu'il peut être destiné à de multiples applications industrielles sans que sa capacité expressive n'en soit altérée. Ainsi le spectateur aura toujours la même vision esthétique

²⁵³ Voir dans ce sens Rotondi, *op. cit.*, p. 303 et suiv. Voir aussi Appel. Milan 16 février 1962. Dir. aut. 1963, p. 509, à propos d'un modèle de bourse.

²⁵⁴ Telles par exemples des statuettes de danseuses de Bali incorporées à des pieds de lampe. Voir Mazer v. Stein 8 mars 1954 100. USPQ, p. 325.

²⁵⁵ Cette conclusion ne paraît pas contraire au droit positif, la distinction entre le dessin et le modèle n'ayant plus aucune signification matérielle ; voir dans ce sens Troller : Immaterialgüterrecht, vol. I, p. 536. Furler, *op. cit.*, p. 93. Guyer, *op. cit.*, p. 21. Voir aussi ATF 21 mars 1961 87 II 49. Il faut cependant mentionner qu'en droit suisse l'Art. 4 du règlement d'exécution prévoit d'une part qu'un même dépôt ne peut se rapporter à la fois à un dessin et à un modèle et d'autre part que la demande doit indiquer s'il s'agit d'un dessin ou d'un modèle. Cette disposition n'affecte toutefois pas le contenu matériel du droit. En droit anglais, le terme « design » vise tant la combinaison de lignes que la forme plastique à trois dimensions. Voir section I (3) du Registered Designs Acts de 1949 : « Designs means features of shape, configuration — forme à trois dimensions —, pattern or ornament — forme à deux dimensions. »

d'une guirlande de fleurs qu'elle soit brodée sur une nappe ou tissée sur un tapis. L'œuvre existe en tant que telle avec tout son pouvoir représentatif et son association à un objet d'usage ne constitue qu'un de ses modes de reproductions possibles qui ne saurait en rien modifier la nature profonde de la création²⁵⁶. On peut toutefois envisager des dessins qui seraient totalement intégrés au produit, par exemple la combinaison particulière de couleurs d'un appareil électro-ménager, encore qu'ici il faille plutôt considérer la création comme un tout homogène, comme une synthèse de la forme plastique et des couleurs²⁵⁷.

CONCLUSION.

La fonction typique de la forme soumise au régime des dessins et modèles.

137. De tous les critères qui viennent d'être examinés, seul celui de la dissociation paraît capable de distinguer les créations relevant du régime du droit d'auteur de celles soumises au droit des dessins et modèles²⁵⁸. La théorie de la dissociation replace en effet le problème

²⁵⁶ Voir dans ce sens Greco-Vercellone, *op. cit.*, p. 402 et suiv. Le critère de la dissociation aboutit donc à des résultats totalement différents de ceux obtenus avec l'emploi du critère de Philippon. La théorie du caractère accessoire du dessin part en effet de l'objet matériel sur lequel il est appliqué alors que celui de la dissociation concerne la forme, la valeur nouvelle créée. Voir *supra* n° 116.

²⁵⁷ Comme exemple de dessin protégeable par le régime des dessins et modèles, Greco-Vercellone cite l'armure, le grain d'un tissu. Voir Greco-Vercellone, *op. cit.*, p. 402 et suiv.

²⁵⁸ La théorie de la dissociation possède une vocation universelle car elle correspond véritablement à des réalités concrètes ; aussi en retrouve-t-on certains prolongements en dehors des frontières de l'Italie ; voir notamment :

En France, L. Ducreux : *Traité des dessins et modèles de fabrique*. Paris 1898, p. 59 et suiv. Voir aussi Cour de Paris 3 août 1906. Ann. 1907, p. 119.

En Suisse : TF 28 juin 1902, JdT 1902, p. 656, à propos de cartes postales. Il faut noter que cet arrêt fait l'objet d'un commentaire approuvé de Schanze, l'un des précurseurs de la théorie de la dissociation ; voir Schanze : *Der Kunstschutz und Musterschutz in Deutschland und in der Schweiz*. GRUR 1911, p. 11.

Aux Etats-Unis d'Amérique, voir Mazer v. Stein. 8 mars 1954. 100 USPQ, p. 325. Il faut relever qu'à la suite de l'arrêt rendu par la Cour Suprême, le Bureau fédéral du droit d'auteur introduit dans le règlement sur le droit d'auteur une disposition qui, dans ses grandes lignes, reprend le critère de la dissociation. Le § 202.10 (c) du Copyright Regulations — 37 CFR — se lit en effet comme suit : « If the shape of an utilitarian article incorporates features such as artistic sculpture, carving or pictorial representation which can be identified separately as a work of art, such feature will be eligible for registration. » Cette disposition fut appliquée dans une affaire concernant un taille-crayon dont la forme s'inspirait d'un téléphone antique. La configuration fut jugée séparable de l'objet utilitaire et mise au bénéfice de la loi sur le droit d'auteur. Voir District Court. SC. N.Y. 151 USPQ, p. 287. Voir aussi Section 1 (b) du projet de la loi sur les dessins et modèles du 3 avril 1969 — Hart bill — qui prévoit que ne peuvent

de la confrontation de l'œuvre d'art appliqué avec le modèle industriel dans son véritable contexte. Elle permet ainsi d'établir avec un maximum de précision si une forme conserve une capacité représentative, c'est-à-dire son caractère d'œuvre donnant prise à un droit d'auteur malgré son incorporation à un objet d'usage. Avec le critère de la dissociation, l'exploitation industrielle de la forme prend dans chacun des régimes une signification toute différente : dans le droit d'auteur elle n'est qu'un accident, une conséquence non nécessaire du fait de la création alors que dans celui des dessins et modèles, elle en est la seule raison d'être. Certes, envisagé comme une simple modalité d'exploitation d'une production intellectuelle, le caractère industriel de l'utilisation n'est pas spécifique au régime des dessins et modèles. Il le devient cependant si l'on considère la fonction typique de la forme soumise à ce régime. Le modèle industriel constitue le prototype d'une série d'objets fabriqués d'après ses caractéristiques : en dehors de cette fonction il n'a pas d'autres significations²⁵⁹. L'œuvre d'art appliqué crée en revanche une individualité esthétique autonome dont la valeur sur le plan intellectuel est indépendante d'une possible utilisation industrielle. L'utilité matérielle qui découle de la création du modèle s'oppose donc à la finalité intellectuelle que poursuit l'œuvre d'art appliqué. Dans un cas on reste dans le domaine de l'activité pratique alors que dans l'autre le facteur intellectuel de la représentation domine, même s'il est accompagné d'effets se situant dans le monde matériel²⁶⁰.

être protégés par le régime des dessins industriels, les modèles d'articles dont la fonction est « de représenter leur propre apparence ou de transmettre une information ».

En Allemagne : Le critère de la dissociation est utilisé pour délimiter le champ d'application de la loi sur les dessins et modèles envers celui du § 25 de la loi sur les marques protégeant les conditionnements — *Ausstattungsschutz* —. Aux termes de cette disposition une forme est protégée en qualité d'*Ausstattung* si elle a acquis une capacité distinctive — *Verkehrsgeltung* — et si elle ne fait pas partie de la définition du produit. Elle doit donc se présenter comme un élément arbitraire de la marchandise — *äusserer Zutat* —. Il faut ainsi qu'elle puisse être dissociée conceptuellement de la marchandise dont elle indique la provenance. Voir notamment Baumbach-Hefermehl, *op. cit.*, vol. II ad § 25. Anm. 17 et suiv., p. 406 et suiv. Von Gamm : *Wettbewerbsrecht*. Cologne-Berlin-Munich 1944, p. 64 et suiv. Busse : *Warenzeichengesetz in der Fassung vom 2.1.1968*. Berlin 1970 ad § 25. Anm. 6, p. 407 et suiv. Reimer-Heydt : *Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht*, vol. I ad § 25. Anm. 1 et suiv., p. 672 et suiv. Pour la jurisprudence voir BGH 22 janvier 1952, BGHZ 25, p. 1 : *Hummelfiguren*. 9 déc. 1958 BGHZ 29, p. 61, à propos de vases de fleurs de forme asymétrique. 14 juillet 1961, BGHZ 35, p. 341, à propos de draps multicolores.

²⁵⁹ Dans cette perspective les termes « devant servir de type pour la production industrielle d'un objet », figurant à l'article 2 de la loi fédérale sur les dessins et modèles industriels du 30 mars 1900 prennent toute leur importance. Voir aussi *supra* n° 125.

²⁶⁰ Le fait que l'œuvre détermine également l'obtention de certains résultats matériels ne constitue pas un obstacle à sa protection par le régime du droit d'auteur, lorsqu'elle possède ce caractère représentatif d'un certain contenu d'idée ou de sentiments. Voir dans ce sens Are, *op. cit.*, p. 433. Voir aussi

La fonction typique de la forme régie par le droit des dessins et modèles s'inscrit dans le cadre du phénomène moderne de la reproduction en série d'objets dont les particularités ont été évoquées au début de ce travail. Par contre l'activité intellectuelle de l'auteur se déroule en marge de considérations de cette nature. S'il est vrai que les créations de l'artiste et du dessinateur industriel s'extériorisent chacune dans une forme concrète perceptible par les sens, le processus intellectuel qui conduit à la réalisation finale de la production est néanmoins différent. L'artiste organise son expression de l'intérieur pour ensuite fixer l'image ainsi conçue dans la matière de manière à rendre celle-là perceptible au monde extérieur ; dans la conception du modèle industriel le moment interne de la création fait défaut²⁶¹. Le dessinateur est en effet directement aux prises avec la matière qu'il modèlera de manière à ce que la forme qui en résultera réponde à tous les impératifs de la fabrication en série. Il devra ainsi tenir compte des moyens mécaniques de reproduction mis à sa disposition, de la fonction du produit, des propriétés des matériaux utilisés, du coût de production, etc. Le dessinateur ne cherche pas à exprimer un contenu d'émotions ou d'idées, à représenter intellectuellement un objet déterminé ou indéterminé, mais à réaliser dans une forme, la synthèse de tous les éléments qui conditionnent le succès matériel du produit. Lorsque la forme est réussie, elle s'impose comme une propriété nécessaire du produit car en la modifiant, on ferait perdre au produit certaines de ces qualités, l'intégration des facteurs dont dépend sa performance commerciale n'étant plus parfaite. Certains auteurs ont qualifié la création sujette au régime des dessins et modèles de forme « esthétiquement nécessaire »²⁶². La désignation paraît bien choisie mais va nous obliger

Ascarelli, *op. cit.*, p. 675. En revanche, les effets du modèle se situent sur le plan strictement matériel ; voir dans ce sens, Hubmann : *Urheber- und Verlagsrecht*, p. 63 ; le modèle d'ornement n'est pas une forme d'expression de l'esprit humain, mais « eine Vorlage für Massenwaren ». Bien qu'il semble s'être rallié à la théorie du but, le professeur Kummer n'en considère pas moins que l'élément décisif pour attribuer la production à l'un ou l'autre des régimes doit être recherché dans l'existence ou l'absence d'un message — Aussage — exprimé par la forme. Kummer, *op. cit.*, p. 215.

²⁶¹ Voir Bonasi-Benucci, *op. cit.*, p. 482. Voir aussi Hubmann : *Gewerblicher Rechtsschutz*, p. 37. M. Troller, en revanche, estime que la forme interne fait défaut tant dans le modèle industriel que dans l'œuvre d'art appliqué. Troller : *Immaterialgüterrecht*, vol. I, p. 483.

²⁶² Bonasi-Benucci, *op. cit.*, p. 246 et suiv. Dans le même sens, mais à propos de la copie servile, Casella : *Imitazione servile, confusione e confondibilità*. Riv. dir. comm. 1952 II, p. 27. Sordelli : *Manifestazione e finalità di forme di prodotti e protezione giuridica*. Riv. trim. dir. civ. 1958 I, p. 1217 et suiv.

Aux Etats-Unis le concept de la forme esthétiquement nécessaire joue un rôle dans le domaine de la copie servile. L'imitation d'une forme esthétiquement nécessaire qui n'aurait pas été enregistrée comme modèle industriel ne constitue pas un cas de concurrence déloyale, même si elle a acquis une capacité distinctive — secondary meaning —. Le § 742 du Restatement of Torts définit la forme

à définir le bien protégé par le régime des dessins et modèles par rapport aux formes dites techniquement nécessaires. C'est ce qui fera l'objet de notre dernier chapitre.

fonctionnelle de la manière suivante : « A feature of goods is functional.. if it affects their purpose, action or performance, or the facility or economy of processing, handling or using them. » Lorsque des biens sont achetés principalement pour leur valeur esthétique, déclare le commentaire du Restatement, leur forme peut être considérée comme fonctionnelle car elle augmente le rendement du produit et facilite son succès commercial. Voir notamment District Court 13 déc. 1938 ED. Pennsylvania 39 USPQR, p. 541, à propos de la forme d'appareils électriques : « The trouble is that given an efficient fixture, the design is what really sells it and Defendent could not possibly... produce something different from Plaitiff's without losing something of very substantial value and affecting the performance in the sense that presenting an attractive appearance is part of its performance — as it undoubtedly is. » A propos d'un service en porcelaine la Cour d'Appel du 9^e Circuit distingue les configurations qui constituent un facteur de réussite commerciale — et qui peuvent être imités librement de celles qui se présentent comme un « embellissement arbitraire » et non nécessaire du produit. Cour d'Appel 9^e Circuit 1^{er} juillet 1952. 42 TMR, p. 839. Voir aussi : Notes Development in the law of Torts, 77 Harvard Law Review, p. 888 et suiv. Derenberg : Sklavische Nachhamung — Recht oder Unrecht. GRUR Ausl. 1965, p. 341 et suiv.

CHAPITRE III

L'INCIDENCE DE LA NATURE DE L'EFFET LIÉ À LA FORME SUR LA DÉFINITION DU BIEN PROTÉGÉ PAR LE RÉGIME DES DESSINS ET MODÈLES

138. La dernière question qui reste à examiner est celle de savoir si la nature de l'effet engendré par la création de forme participe à la définition de l'objet protégé par le régime des dessins et modèles. Dans la plupart des ordres juridiques, le problème paraît être résolu par l'affirmative. Le législateur a exclu en effet du champ d'application de la loi, les formes qui visent à l'obtention d'un avantage pratique, qui relèvent de considérations techniques et utilitaires. La protection semble ainsi être accordée aux seules configurations qui entraînent un effet ornemental, qui tendent à satisfaire le goût des acheteurs²⁶³. Une première constatation s'impose : la terminologie n'est guère précise ; le législateur et les tribunaux emploient indifféremment les termes « technique », « pratique », « fonctionnel », « utilitaire » comme si ces expressions étaient des synonymes. Or et ainsi qu'il l'a été exposé précédemment une création peut être utilitaire sans pour autant posséder un caractère technique²⁶⁴. Les conditions qui entraînent l'exclusion de certaines formes du régime des dessins et modèles sont donc au départ mal définies.

Le sens de l'exclusive prononcée par le droit contre les formes dont le caractère ornemental ne serait pas suffisamment marqué, s'interprète d'une manière différente selon les options prises par le législateur national. En droit français, le législateur a été guidé par le seul souci d'éviter que des créations relevant du droit des inventions techniques soient enregistrées comme dessins et modèles pour bénéficier de la protection plus longue offerte par ce régime et de la modicité des taxes de

²⁶³ Voir *supra* n° 92.

²⁶⁴ Voir *supra* n° 36.

dépôt²⁶⁵. En Suisse où la durée de protection conférée par le régime des dessins et modèles industriels est inférieure à celle résultant de l'octroi d'un brevet d'invention, le problème va se poser d'une manière toute différente²⁶⁶. On est en effet parti du principe que les formes dépourvues de caractère ornemental appartenaient au genre des modèles d'utilité pour lequel le législateur n'avait prévu aucun système de normes protectrices. Si donc, a-t-on estimé, le droit de la propriété intellectuelle contient une lacune, il n'appartient pas au juge de la combler en appliquant un régime qui, à l'origine, n'était pas destiné à protéger les modèles d'utilité²⁶⁷. L'exclusion des formes dites utilitaires de la portée de la loi sur les dessins et modèles est donc motivée en Suisse par des considérations théoriques, ce qui explique en partie la plus grande rigidité de notre système comparé à la relative souplesse du droit français.

Les conclusions qui ont été dégagées au cours des deux chapitres précédents rendent l'étude que nous allons entreprendre des plus nécessaires. D'une part l'application du critère de la dissociation conduit à attribuer au régime des dessins et modèles ces mêmes formes que le droit paraît vouloir bannir en imposant la condition de l'effet ornemental du modèle. Mais d'autre part, en étendant le champ d'application de la loi à la pseudo-catégorie des modèles d'utilité, on s'expose au risque de confondre le régime des dessins et modèles avec celui des brevets d'invention. Il faut donc trouver un moyen terme qui tienne compte des exigences d'une bonne systématique. Toutefois avant d'entrer dans le vif du sujet, nous examinerons brièvement les conditions matérielles de protection du modèle industriel car toutes ces questions sont liées les unes aux autres.

²⁶⁵ En droit français la durée totale de la protection accordée par la loi du 14 juillet 1909 sur les dessins et modèles est de cinquante ans à partir du dépôt — Art. 7 —. Aux termes de l'article 3 de la loi du 2 janvier 1968 le brevet d'invention est concédé pour une durée de vingt années, le certificat d'utilité pour une durée de six années.

²⁶⁶ En droit suisse, la protection des dessins et modèles a une durée de quinze ans au plus : elle est accordée par périodes consécutives de cinq ans dont la première commence à la date du dépôt. Art. 8 loi fédérale sur les dessins et modèles. L'exclusivité conférée par le brevet d'invention est de dix-huit ans à compter de la date du dépôt de la demande. Art. 14 de la loi fédérale sur les brevets d'invention du 25 juin 1954.

²⁶⁷ Voir n° 92 *supra* et note 4.

*Section I :*LES CONDITIONS MATÉRIELLES DE LA PROTECTION
DU MODÈLE INDUSTRIEL

139. Pour pouvoir prétendre à la concession d'une exclusivité, l'auteur d'une réalisation intellectuelle quelconque doit faire un apport nouveau à la collectivité. En échange de cet enrichissement procuré à l'humanité, le droit accorde à l'auteur un monopole d'exploitation pour une certaine durée. Sur le plan du droit positif, ces principes sont sanctionnés par les conditions de nouveauté et d'originalité. Ces notions ne sont pas des concepts autonomes mais procèdent d'une même idée fondamentale. La nouveauté et l'originalité s'attachent aux différences que marque l'innovation par rapport aux choses faisant partie du domaine commun. Avec la condition de la nouveauté, cette diversité s'exprime en termes quantitatifs alors que la condition de l'originalité envisage les différences sous un angle qualitatif²⁶⁸. Dans cette perspective l'originalité se définit comme un degré supérieur de nouveauté. Comme tout autre système qui met en œuvre un droit de monopole, le régime des dessins et modèles obéit à ces mêmes principes²⁶⁹.

§ 1. LA NOUVEAUTÉ.

140. Pour être protégeable, le modèle industriel doit être nouveau au sens objectif du terme, c'est-à-dire se différencier par certains caractères des formes préexistantes. Pour les raisons qui ont été longuement exposées précédemment, la nouveauté subjective ne saurait être considérée, malgré l'opinion contraire d'un important courant doctrinal, comme une condition déterminant la protection légale²⁷⁰. Dans le domaine des dessins et modèles industriels, l'hypothèse de créations parallèles est encore plus fréquente que dans celui du droit d'auteur de

²⁶⁸ Voir *supra* n° 54.

²⁶⁹ Voir d'une manière générale la définition proposée par l'AIPPI : un dessin ou modèle est nouveau lorsque ses éléments constitutifs n'existaient pas encore ; un dessin ou modèle est original lorsque ses éléments constitutifs résultent d'un effort créateur de l'auteur. Mathély, Rapport de synthèse pour le Congrès de Berlin de l'AIPPI 1962, Annuaire 1962 n° 12, 2^e partie, p. 20.

²⁷⁰ Voir *supra* n° 48. En Allemagne M. Furler a été l'un des plus ardents défenseurs de l'exigence de la nouveauté subjective en matière de dessins et modèles. Au nombre des arguments avancés par cet auteur, il faut retenir le

sorte qu'avec la seule nouveauté subjective, le risque de concéder une exclusivité portant sur des réalisations identiques est loin d'être exclue²⁷¹. Pas plus que dans les autres régimes de la propriété intellectuelle, la loi ne définit la nouveauté. En revanche et dans la plupart des systèmes, les antériorités sont déterminées par une disposition légale, encore que cette précision ne paraisse pas, pour l'objectif que poursuit le régime, aussi indispensable qu'en matière de brevets d'invention. Le modèle industriel est une création de forme : son exploitation va être nécessairement liée à sa divulgation. La situation est donc toute différente de celle qui prévaut dans le droit des créations techniques où l'invention peut porter ses fruits à l'abri de toute publicité²⁷². Le régime du secret est ainsi incompatible avec l'essence du bien protégé par le droit des dessins et modèles²⁷³. Si par la nature des choses, le modèle industriel ne peut rester indéfiniment secret, s'il doit un jour ou l'autre être révélé à la collectivité, les antériorités paraissent s'imposer d'elles-mêmes sans qu'il soit nécessaire de les définir dans un texte légal. De la même manière qu'en droit d'auteur, l'objectivation du modèle le fait entrer à plus ou moins brève échéance dans le champ des connaissances humaines et partant devrait suffire pour déterminer la priorité

fait qu'en Allemagne le droit des dessins et modèles ne protège le créateur que contre la copie. Ainsi pour qu'il y ait violation des droits du titulaire, il faut que la reproduction ait été réalisée d'après le modèle déposé. En revanche si, malgré l'identité des réalisations, la preuve peut être rapportée que le second auteur n'a pas eu connaissance du modèle déposé, il n'y aura pas d'atteinte au monopole du premier déposant. Voir sur la notion de copie du modèle en droit allemand : RG 2 décembre 1933, RGZ 142, p. 341 ; 18 oct. 1933, RG 142, p. 145 ; BGH 15 oct. 1957, GRUR 1958, p. 97 ; 4 juillet 1961, GRUR 1961, p. 640 ; 2 déc. 1966, GRUR 1967, p. 375 ; Cour de Celle 25 février 1957, GRUR 1958, p. 406 ; Cour de Dusseldorf 13 octobre 1961, GRUR 1963, p. 84. Si donc, estime M. Furler, le droit des dessins et modèles ne confère aucun droit contre une réalisation postérieure indépendante, il paraît logique, s'agissant maintenant d'établir la nouveauté du modèle de n'exiger que le fait de l'activité personnelle. Au sens de la loi sur les dessins et modèles, conclut M. Furler, la nouveauté existe dès lors que le modèle est issu d'une activité indépendante même si objectivement le modèle ne se distingue en rien des choses faisant partie du domaine public. Voir Furler, *op. cit.*, p. 28 et suiv. Dans le même sens, Ulmer : Urheber- und Verlagsrecht, p. 418 ; von Gamm : Geschmacksmustergesetz § 1. Anm. 27, p. 43. Nicolini : Die Neuheit im Geschmacksmusterrecht. GRUR 1963, p. 407. Waltz : Der Neuheitsbegriff im Geschmacksmusterrecht. GRUR 1961, p. 326. Ce n'est que très récemment que la Cour fédérale s'est prononcée d'une façon définitive sur cette question. Dans un arrêt concernant un modèle de toit de ruche, la Cour s'est prononcée en faveur de la nouveauté objective. Voir BGH 8 mai 1968. GRUR 1969, p. 90.

²⁷¹ Ce motif a décidé la Cour fédérale à se prononcer pour la nouveauté objective. Voir note 270.

²⁷² Voir *supra* n° 54.

²⁷³ Voir Furler, *op. cit.*, p. 36. Voir aussi S. Boutet - M. Duni : Brevetti industriali, Marchio, Ditta, Insegna. Turin 1966, p. 263.

dans le temps d'une production par rapport à une autre²⁷⁴. Toutefois le législateur ne s'en est pas tenu à un principe aussi simple car dans un domaine où les créations parallèles peuvent être nombreuses, il faut arrêter une date de priorité, ou du moins en faciliter la preuve, la date de la conception du modèle ne coïncidant jamais avec celle de son exploitation ou de sa divulgation. Dans tous les ordres juridiques, le législateur a donc prévu certaines dispositions plus ou moins complètes caractérisant les antériorités.

Ainsi en droit suisse les antériorités sont définies à l'article 12 chiffre 1²⁷⁵ de la loi sur les dessins et modèles qui prévoit :

« le dépôt d'un dessin ou d'un modèle sera déclaré nul et de nul effet :

1. Si le dessin ou le modèle n'était pas nouveau au moment du dépôt. Un dessin ou un modèle est nouveau au sens de la présente loi aussi longtemps qu'il n'est connu ni du public, ni des milieux industriels et commerciaux intéressés. »

Le système est assez proche de celui des brevets d'invention. Tout d'abord en précisant que la forme doit être nouvelle à la date du dépôt, la loi situe la comparaison avec les antériorités dans le temps. L'absence d'identité doit être établie non pas à la date de la création qui est souvent difficilement déterminable mais au jour du dépôt. S'agissant maintenant de définir les circonstances qui font entrer une forme pré-existante dans le champ des connaissances humaines, la loi n'a pas à être aussi explicite qu'en matière de brevets d'invention. Etant une création de forme, le modèle industriel s'adresse au sens de la vue ; l'intelligence n'y trouve aucune part, de sorte que le problème de la compréhension du modèle ne se pose absolument pas. La nature même de la création exige une publicité par l'image ; il n'y aura donc pas d'antériorité lorsque la forme aura fait l'objet d'une description littéraire²⁷⁶. La loi indique également quel est le cercle des personnes qui doit être touché par la divulgation²⁷⁷. La connaissance du modèle par une per-

²⁷⁴ Voir *supra* n° 54. Ainsi les formalités liées à l'octroi de la protection ne sont pas motivées par le désir d'assurer la divulgation du modèle. Preuve en est la possibilité offerte par le législateur d'effectuer un dépôt cacheté. Voir pour la Suisse, Art. 5 du règlement d'exécution de la loi sur les dessins et modèles. Le dépôt secret est également admis dans de nombreuses législations ; voir Perot-Morel, *op. cit.*, p. 279 et suiv. Ainsi, contrairement au régime des brevets d'invention où les formalités doivent assurer la complète divulgation de l'invention, dans le droit des dessins et modèles, elles servent principalement à fixer la date de priorité du modèle.

²⁷⁵ Selon le Tribunal fédéral, il s'agirait de la soi-disant nouveauté formelle par opposition à la nouveauté matérielle qui, dans le domaine des dessins et modèles, est assimilée à la condition de l'originalité. ATF 23 déc. 1958 RO 84 II 613, JdT 1959, p. 894. Voir aussi Troller : *Immaterialgüterrecht*, vol. I, p. 538 et suiv.

²⁷⁶ Troller : *Immaterialgüterrecht*, vol. I, p. 541.

²⁷⁷ Voir sur ce point ATF 29 janvier 1930 56 II 78.

sonne qui entretenait avec le créateur des rapports de confiance et qui, par conséquent, était tenue au secret, ne détruit pas la nouveauté²⁷⁸. Enfin, en ce qui concerne l'extension territoriale du champ des antériorités, le Tribunal fédéral palliant le silence de la loi, a jugé que seule la divulgation en Suisse devait être prise en considération²⁷⁹. Notre instance suprême réserve toutefois le cas des modèles destinés à l'exportation ; dans cette hypothèse le juge devra tenir compte d'événements qui se sont succédés en dehors de la Suisse.

Dans les ordres juridiques étrangers, le problème des antériorités est réglé selon des principes semblables à la solution consacrée par le législateur suisse. Certains systèmes étendent toutefois le champ des antériorités au-delà du territoire national²⁸⁰. Il faut également relever qu'en droit français la nouveauté s'apprécie à la date de la conception du modèle et non à celle du dépôt²⁸¹.

²⁷⁸ En revanche le fait que la divulgation prématurée ait eu lieu d'une manière illicite, qu'elle soit due à l'auteur ou à un tiers n'influence en aucune manière le jugement sur la nouveauté. ATF 31 janvier 1928 54 II, p. 56. 25 octobre 1937 63 I, p. 206.

²⁷⁹ Voir notamment : ATF 9 mai 1933 59 II 199, 29 janvier 1930 56 II 71, 6 mai 1930 56 II 235, 31 janvier 1928 54 II 58 : Cette jurisprudence ne tient pas compte de la facilité et de la rapidité des communications internationales. Elle permet en effet aux industriels de déposer des modèles en Suisse pour des créations qu'ils auraient pu connaître à l'étranger. Pour M. Troller, l'objection n'est pas pertinente car il estime que dans un tel cas le modèle serait nul pour défaut de nouveauté subjective. Troller, vol. I, p. 543. A notre avis, M. Troller ne distingue pas suffisamment deux ordres de questions essentiellement différentes : celles relatives à l'existence du droit et celles concernant sa titularité — voir note 245, 1^{re} Part. *supra*. Le fait que le modèle ne soit pas subjectivement nouveau, que le déposant n'en soit pas l'auteur, n'est pas un obstacle à sa protection comme modèle industriel. Cela paraît d'autant plus vrai que le Tribunal fédéral, raisonnant par analogie avec le droit des brevets d'invention, a accordé à l'auteur d'une création qui avait été déposée par un tiers non légitimé, l'action en cession du modèle. Voir ATF 4 déc. 1947 73 II 228.

²⁸⁰ Notamment en Italie et en France. Voir sur ce point Perot-Morel, *op. cit.*, p. 220, 253. En revanche en Angleterre, les antériorités sont limitées territorialement. Voir sect. 1 (2) du Registered Design Act. de 1949.

²⁸¹ Art. 3 al. 2 de la loi sur les dessins et modèles industriels. Le droit naît avec la création ; c'est à cette date et non à celle du dépôt que le modèle doit être nouveau. Le dépôt n'a plus qu'un caractère déclaratif ; il constitue une simple présomption de la nouveauté du modèle. Voir Cour de Limoges 13 juillet 1961. D. 1963, p. 322, avec note Greffe. Voir aussi Roubier, *op. cit.*, vol. II, p. 450. Perot-Morel, *op. cit.*, p. 272. La divulgation du modèle avant le dépôt ne fait pas obstacle à sa protection contrairement à ce qui est la règle en droit allemand — Art. 7 al. 2 de la loi de 1876 — et en droit suisse — Art. 2 ch. 1 loi fédérale de 1900 —. Le système français paraît plus conforme à la vocation du régime des dessins et modèles qui, à la différence du droit des brevets d'invention, ne tend pas à encourager les auteurs des dessins et modèles à divulguer leur création, celle-ci étant destinée à être publiée un jour ou l'autre.

§ 2. L'ORIGINALITÉ.

141. Une fois la nouveauté du modèle établie, il faut encore apprécier son originalité. Comme n'importe quel autre bien protégé par un droit de propriété intellectuelle, le modèle industriel suppose la création d'une valeur nouvelle. Une simple différence du modèle avec ses antériorités ne saurait donc remplir cette condition. La différence constatée doit témoigner de la présence d'une activité créatrice qui va se manifester dans la chose créée, dans les éléments nouveaux du modèle qui le distinguent des formes faisant partie du domaine public ²⁸². Quelles sont les formes qui pourront être opposées comme antériorités ? Il s'agira tout d'abord des modèles préexistants qui appartiennent au même domaine ou à un domaine industriel voisin de celui de l'objet du dépôt. En second lieu, on tiendra compte des formes dites libres — *freier Formenschatz* — au nombre desquelles on peut citer certains éléments géométriques tels le rond, le carré et le losange et les formes de la nature ²⁸³. Cet ensemble constituera ainsi une sorte d'état libre des formes à partir duquel l'originalité du modèle déposé sera établie. L'examen de l'originalité comporte donc une appréciation qualitative, au moyen d'un critère approprié, de l'importance des différences que marque une production intellectuelle par rapport à ses antériorités.

Dans le domaine des dessins et modèles, le critère de l'activité personnelle ne peut donner de résultats satisfaisants. Son emploi n'est justifié que si le créateur jouit d'une liberté presque complète dans la conception de son œuvre. Dans cette hypothèse le fait même de la réalisation personnelle créera cette diversité qualifiée qui fonde la condition de l'originalité. Mais lorsque l'activité intellectuelle du créateur est liée à des impératifs qui lui sont imposés par la réalité extérieure, le critère n'est plus du tout adapté ²⁸⁴. Certaines productions intellectuelles peuvent ainsi avoir été conçues d'une manière totalement indépendante et ne manifester pourtant que des différences minimales avec leurs antériorités, précisément en raison de l'identité des circonstances extérieures dans lesquelles l'activité des différents auteurs s'est déroulée. En matière de dessins et modèles, la liberté du créateur est relativement limitée ; le modèle industriel est conçu en fonction d'une reproduction en série d'objets, de sorte que le dessinateur est tributaire de considérations

²⁸² Voir *supra* n° 43, 55. Voir cependant Wenzel : *Der geschmacksmusterrechtliche Begriff der Eigentümlichkeit*, GRUR 1958, p. 421, qui préconise le recours à titre subsidiaire au processus concret de création lorsque celui-ci peut être déterminé.

²⁸³ Voir notamment Furler, *op. cit.*, p. 40. Voir aussi ATF 77 II 177, JdT 1952, p. 527 ; 30 septembre 1969 95 II 479, JdT 1970, p. 626.

²⁸⁴ Voir *supra* n° 64.

d'ordre technique et économique²⁸⁵. A cela s'ajoute le fait que les objets créés subissent l'influence de la mode, du style qui prévaut à l'époque de la conception²⁸⁶. Il n'est dès lors pas rare que deux dessinateurs travaillant indépendamment l'un de l'autre aboutissent à des résultats, si ce n'est identiques du moins fort semblables ; l'activité personnelle n'implique donc pas nécessairement l'originalité²⁸⁷.

Pour déterminer l'originalité d'un modèle industriel, la jurisprudence de presque tous les pays s'est rapidement orientée vers l'adoption d'un critère qui, à l'instar du droit des brevets d'invention, transpose le phénomène de la création sur un plan objectif. La tendance est particulièrement nette en Allemagne où la Cour fédérale a introduit une figure hypothétique, celle du dessinateur industriel moyen qui est sensé représenter le standard de développement normal de l'esthétique, du « design » industriel. Selon la jurisprudence allemande, l'originalité est établie dès lors que le modèle apparaît « comme le résultat d'une activité proprement personnelle créatrice de formes et de couleurs qui dépasse les capacités moyennes d'un dessinateur industriel »²⁸⁸. Appliquant ce critère, la Cour fédérale a pu ainsi dénier tout caractère original à un modèle de grille dont le fil métallique avait été satiné par un procédé chimique particulier ; l'aspect mat qui résultait de l'utilisation du procédé était connu de n'importe quel dessinateur en feronnerie, disait la Cour ; même si son emploi sur une grille pouvait donner lieu à des difficultés techniques, cette circonstance n'incidait en aucune manière sur l'originalité du modèle car celle-ci doit se manifester dans la forme du produit²⁸⁹. A propos d'un modèle de motocyclette caractérisé entre autres par la forme particulière du garde-boue de sa roue avant qui devait servir de carter, la Cour fédérale déclarait qu'il s'agissait là « d'une compilation routinière de formes préexistantes qui n'allait pas au-delà d'un travail usuel d'un constructeur de métier »²⁹⁰. A contrario, une combinaison de formes connues pourra faire preuve d'originalité si elle dépasse les capacités normales d'un dessinateur moyen. La question de savoir si un changement de matière sans modification aucune de la forme extérieure de l'objet est protégeable aux termes de la loi sur les dessins et modèles industriels doit être résolue

²⁸⁵ ATF 11 décembre 1951 77 II, p. 372, JdT 1952, p. 557 ; 17 décembre 1957 83 II 477 ; BGH 18 décembre 1959, GRUR 1959, p. 256.

²⁸⁶ BGH 8 mai 1968, GRUR 1969, p. 90 ; RG 6 mai 1941, GRUR 1941, p. 319.

²⁸⁷ Voir notamment Furler, *op. cit.* ad § 1. Anm. 36, p. 101. Relevons que Furler concilie cette thèse avec sa conception de la nouveauté subjective en soutenant que pour apprécier l'originalité d'un modèle, il ne faut prendre en considération que les antériorités que le dessinateur a pu connaître. Furler, *op. cit.* ad § 1. Anm. 45, p. 104.

²⁸⁸ BGH 14 mars 1958. GRUR 1958, p. 510.

²⁸⁹ BGH 16 février 1960. GRUR 1960, p. 395.

²⁹⁰ BGH 17 novembre 1961. GRUR 1962, p. 252. Voir aussi BGH 14 mars 1958. GRUR 1958, p. 510.

selon les mêmes principes. Raisonnant par analogie avec le droit des brevets d'invention, la Cour fédérale constate dans une affaire concernant la transposition de formes connues de l'industrie du fauteuil en tissu à celle du fauteuil en bois que ledit « transfert représente un accroissement créateur des formes préexistantes »²⁹¹. Des abstractions tels le style d'une époque, la mode, vont également jouer un rôle dans l'appréciation de l'originalité du modèle industriel. Au sujet d'un modèle de réveil, la Cour fédérale affirme que si le dessinateur s'est borné à reprendre certains motifs appartenant à un style connu, en l'occurrence le style rococo, la condition d'originalité fera défaut. En revanche le modèle est protégeable dès lors que le dessinateur a fait subir aux éléments du style des adaptations qui n'étaient pas à la portée d'un dessinateur moyen²⁹². Ces mêmes règles détermineront l'originalité des modèles dont la forme s'inspire des réalisations de la nature²⁹³.

Dans les autres ordres juridiques, l'originalité est établie selon une démarche identique. C'est notamment le cas aux Etats-Unis où l'article 103 USC qui, en matière de brevets d'invention, définit le critère du niveau inventif, est également applicable aux dessins et modèles. Aux termes de cette disposition qui constitue une codification de la jurisprudence antérieure, le modèle industriel doit être le résultat d'une activité intellectuelle qui excède les capacités d'un homme de métier d'une habileté moyenne. Il faut ainsi que le modèle représente une invention de nature esthétique, que la forme conçue, comparée avec ses antécédents, ne ressorte pas du domaine de l'évidence — non obviousness —²⁹⁴. En Angleterre, l'originalité est mesurée d'après le savoir et les connaissances de la branche commerciale à laquelle appartient l'auteur du modèle ; de simples variations réputées communes pour la branche en question ne suffisent pas à fonder la condition de l'originalité — mere trade variants —²⁹⁵. En droit suisse, l'originalité suppose quelque chose de plus que la simple activité personnelle de l'auteur. Le modèle doit ainsi procéder d'une activité créatrice au moins rudimentaire, qui lui confère un caractère individuel de sorte que la forme ne soit pas celle qui vienne immédiatement à l'esprit. Le Tribunal fédéral se

²⁹¹ BGH 15 octobre 1957. GRUR 1958, p. 97. Voir aussi BGH 30 janvier 1963. GRUR 1963, p. 328. Cour de Hambourg 16 avril 1956. GRUR 1957, p. 142.

²⁹² BGH 18 déc. 1959. GRUR 1960, p. 256. Sur l'influence du style moderne sur les créations de forme d'objets industriels voir BGH 30 septembre 1964, GRUR 1965, p. 198 ; 21 mai 1965, GRUR 1966, p. 97 ; voir aussi BGH 4 juillet 1961, GRUR 1961, p. 641 ; et Cour de Dusseldorf 3 décembre 1954, GRUR 1956, p. 44.

²⁹³ L'emprunt aux formes de la nature a donné lieu à une abondante jurisprudence. Il faut relever toutefois que dans cette hypothèse la forme constitue une représentation autonome d'un objet naturel. Selon le critère de la dissociation, elle cesse de faire partie du domaine des dessins et modèles.

²⁹⁴ § 103 USC (1952).

²⁹⁵ Section 1 (2) du Registered Design Act de 1949.

montre peut-être moins précis que la Cour fédérale dans la formulation du critère. Il n'en demeure pas moins que celui-ci doit traduire le dépassement d'une norme standard d'enrichissement des formes données à des objets industriels ²⁹⁶.

Dans tous les systèmes qui viennent d'être examinés, le droit considère que le domaine des dessins et modèles est en évolution constante, que sur la base des connaissances acquises tout dessinateur industriel va être capable de concevoir des formes nouvelles. En s'inspirant de ce qui a déjà été réalisé, le dessinateur obtiendra des résultats inédits qui toutefois ne constituent qu'un prolongement logique, évident de l'état des formes préexistantes. La zone du potentiellement connu devra, par conséquent, être dépassée pour qu'un monopole d'exploitation soit justifié. Examiné dans le contexte de l'originalité du modèle, le problème de la protection des formes qui ont été créées en vue de l'obtention d'un avantage pratique prend une toute autre tournure.

Section II :

LES FACTEURS ANESTHÉTIQUES ET L'OBJET PROTÉGÉ PAR LE RÉGIME DES DESSINS ET MODÈLES INDUSTRIELS

§ 1. LE CARACTÈRE AMBIVALENT DES FORMES D'OBJETS INDUSTRIELS.

142. La définition du bien protégé par le régime des dessins et modèles intègre deux conditions qui, de prime abord, paraissent contradictoires. La forme doit d'une part servir de prototype à la reproduction industrielle d'objets, ce qui signifie qu'elle a été conçue en fonction de cette destination ; mais elle doit d'autre part être étrangère à un avantage d'ordre pratique, technique ou utilitaire et poursuivre une finalité purement esthétique. Tel est le sens qui semble se dégager des dispositions légales limitant dans la plupart des ordres juridiques, la portée du régime des dessins et modèles. Ainsi la loi fédérale du 30 mars 1900 prévoit à son article 3 que « la protection ne s'applique pas aux procédés de fabrication, à l'utilisation ou à l'effet technique de l'objet

²⁹⁶ Voir notamment ATF 12 décembre 1957 83 II 477, 23 déc. 1958 84 II 653, 21 mars 1961 87 II 49, 11 décembre 1951 77 II 372, JdT 1952, p. 557. A cet égard, il faut relever que l'arrêt paru au ATF 84 II 453 réforme un arrêt du Tribunal de Commerce de Zürich du 28 nov. 1952 — Mitt. 1954, p. 124 — qui avait considéré que la soi-disant nouveauté formelle de l'Art. 12 ch. 1 suffisait pour mettre en œuvre le régime des dessins et modèles.

fabriqué sur le type du dessin ou du modèle protégé ». La Section I de la loi anglaise sur les dessins industriels exclut de son champ d'application « les principes de construction et les formes qui sont exclusivement dictées par la fonction que l'article doit accomplir »²⁹⁷. L'article 2 alinéa 1 du projet de loi uniforme du Benelux sur les dessins et modèles est quant à lui rédigé en ces termes : « est exclu de la protection prévue par la présente loi ce qui est indispensable à l'obtention d'un effet technique »²⁹⁸. Le droit italien, en distinguant les modèles d'utilité des modèles d'ornement, met de la même manière l'accent sur l'aspect gratuit de la forme qui caractérise ces derniers. Enfin en France, l'interdit est formulé en fonction du régime des brevets d'invention. L'article 2 alinéa 2 de la loi du 14 juillet 1909 prescrit en effet que « si le même objet peut être considéré à la fois comme un dessin ou un modèle nouveau et comme une invention brevetable et si les éléments constitutifs de la nouveauté du dessin ou du modèle sont inséparables de ceux de l'invention, le dit objet ne peut être protégé que conformément à la loi du 5 juillet 1844 »²⁹⁹.

En insistant sur le caractère désintéressé de la création de forme qui obéit au régime des dessins et modèles, le législateur se met en contradiction avec lui-même ; le modèle industriel constitue le prototype d'une série d'objets fabriqués industriellement. Cette définition implique nécessairement l'intervention de facteurs matériels, anesthésiques dans la conception de la forme. L'existence de tout objet est avant tout subordonnée à deux conditions : l'objet doit pouvoir être fabriqué et servir à quelque chose, c'est-à-dire répondre à un besoin déterminé³⁰⁰. Il est vrai que pour certains articles ce besoin se situe sur un plan intellectuel : toutefois et même si on voulait limiter le champ d'application de la loi aux seuls objets de décoration — *Schmuckgegenstand* —, la forme resterait néanmoins soumise à l'emprise des facteurs de fabrication³⁰¹. Mais la fabrication et le fonctionnement de l'objet ne sont

²⁹⁷ Sur ce point, voir Russel-Clarke, *op. cit.*, p. 17 et suiv.

²⁹⁸ Voir Limberg : Le projet de loi uniforme Benelux en matière de dessins et modèles et sa signification pour les créateurs et fabricants néerlandais. RIDA 1944, p. 131 et suiv.

²⁹⁹ En droit américain, le projet de loi sur les dessins industriels du 3 avril 1969 — Hart Bill — prévoit à la section 2 litt. d que sont exclues de la protection légale les formes « dictated solely by a utilitarian function of the article that embodies it ». L'article 2 al. 2 du projet de loi type pour les pays en voie de développement concernant les dessins et modèles industriels élaboré sous l'égide de l'OMPI, exclut de la protection légale les formes qui servent uniquement à l'obtention d'un effet technique.

³⁰⁰ Voir *supra* n° 10 et suiv. Voir aussi Schürer, *op. cit.*, p. 13 et suiv.

³⁰¹ Le critère de la dissociation interdirait une telle discrimination. Le projet de loi américain limite la protection légale aux formes données à des objets utilitaires, c'est-à-dire à des articles qui accomplissent une fonction utilitaire « that is not merely to portray the appearance of the article or to convey information ». Voir enfin Art. 1 litt. b (1) du projet de loi du 3 avril 1969.

pas les seuls éléments qui influenceront sur la création. L'entrepreneur exerce son activité dans une économie de marché ; l'écoulement de sa production n'est possible que s'il existe une véritable demande pour les biens offerts et si les termes de son offre sont économiquement meilleurs que ceux de ses concurrents. La part des facteurs économiques dans la réalisation de la forme du produit est loin d'être négligeable.

Par nature, les formes données aux objets industriels ont un caractère ambivalent. Elles traduisent plastiquement le résultat d'une activité intellectuelle qui combine des facteurs esthétiques et anesthétiques³⁰². Or en voulant isoler à tout prix l'élément esthétique de l'élément utilitaire, le droit cherche à séparer après coup ce qui, en fait, est indissociable. La démarche paraît d'autant plus vouée à l'échec que le terme « esthétique » n'offre aucune prise à une appréciation juridique. En elle-même la notion de l'esthétique est neutre : la beauté, la qualité ou le mérite artistique, le bon goût n'y trouvent aucune place. Si donc l'adjectif « esthétique » s'applique à toute entité perceptible par les sens, n'importe quelle forme qui découpe la surface d'un objet dans l'espace présentera ce caractère. Ainsi en sera-t-il des formes les plus banales, de celles qui sont l'expression géométrique de lois mathématiques³⁰³. Dans cette perspective l'opposition entre les formes esthétiques et anesthétiques se révèlent vide de tout sens. La véritable portée du régime des dessins et modèles ne peut ainsi être mesurée de l'extérieur, c'est-à-dire en appréciant par des critères de nature réelle la prédominance de l'effet esthétique de la forme sur son caractère utilitaire au sens large. Cette voie doit nécessairement aboutir à une impasse et pourtant elle a été suivie par la jurisprudence de certains pays dont la Suisse. Pour nous convaincre de l'inefficacité d'une telle méthode, nous allons brièvement examiner comment le problème a été résolu dans les ordres juridiques où il s'est posé avec acuité.

§ 2. LE TRAITEMENT JURIDIQUE DES FORMES AMBIVALENTES EN DROIT FRANÇAIS.

A) *Définition des problèmes.*

143. L'application de l'article 2 alinéa 2 de la loi française du 14 juillet 1909 sur les dessins et modèles pose deux sortes de problèmes : il s'agira d'une part d'identifier ce qui fait obstacle à la validité du modèle industriel. Le caractère « séparable » des éléments constitutifs de la nouveauté du modèle se rapporte-t-il à une invention brevetable au

³⁰² Voir *supra* n° 15.

³⁰³ Voir Troller : *Immaterialgüterrecht*, vol. I, p. 519. Voir aussi Russel-Clarke, *op. cit.*, p. 18. Voir enfin d'une manière générale *supra* n° 18.

sens de la loi du 5 juillet 1844 ou de celle du 2 janvier 1968 sur les brevets d'invention ? Peut-on au contraire admettre que la norme vise également toute innovation technique qu'elle réponde ou non aux conditions matérielles de protection prévue par la loi — nouveauté, niveau inventif —, voire même des règles dépourvues de caractère technique telles par exemple les méthodes s'adressant à l'intelligence ? Une fois cette question résolue, il faudra ensuite définir les critères qui permettent d'établir si les caractéristiques de chacune des réalisations en cause sont séparables les unes des autres.

B) *La notion de l'invention brevetable au sens de l'article 2 alinéa 2 de la loi française sur les dessins et modèles.*

144. Que doit-on entendre par invention brevetable au sens de l'article 2 alinéa 2 de la loi française du 14 juillet 1909 ? Le problème est fondamental car de sa solution va dépendre la plus ou moins grande extension du champ d'application du régime des dessins et modèles. Une interprétation trop restrictive de l'article 2 alinéa 2 qui exigerait que toutes les conditions de brevetabilité soient remplies pour que cette disposition puisse être invoquée, réduirait à néant la portée de la loi sur les brevets d'invention³⁰⁴. Il suffirait en effet que l'inventeur divulgue son invention pour la rendre protégeable aux termes de la loi sur les dessins et modèles ; la nouveauté étant détruite, on ne pourra en effet parler d'une « invention brevetable ». L'article 2 alinéa 2 de la loi du 14 juillet 1909 deviendrait inapplicable de sorte que l'inventeur bénéficierait par cet artifice de la protection plus longue et moins coûteuse offerte par le régime des dessins et modèles. Ces considérations ont incité les Cours françaises à envisager le terme « invention brevetable » dans un sens beaucoup plus large. Ainsi la Cour de Paris prononça la nullité d'un modèle de déflecteur d'air pour toit ouvrant de voiture quand bien même le dispositif en question n'était plus nouveau aux termes de la loi sur les brevets d'invention³⁰⁵. Dans un arrêt concernant un modèle de sac de plage transformable au moyen de deux fermetures-éclair en un tapis de bain, cette même Cour précisait la notion de l'invention brevetable au sens de l'article 2 alinéa 2 de la loi sur les dessins et modèles. Pour que cette règle puisse être invoquée, disait la Cour, il suffit que l'auteur ait fait preuve d'une activité inventive telle qu'elle est définie à l'article 2 de la loi du 5 juillet 1844. La nullité du modèle ne sera sanctionnée que si la réalisation en cause constitue en même temps un produit nouveau, la mise en œuvre d'un

³⁰⁴ Jugé dans ce sens Trib. Seine 28 avril 1955 JCP II 1956 n° 9072 avec note Roubier, réformé par la Cour de Paris dans un arrêt du 4 décembre 1957. RIDA 1957, p. 127.

³⁰⁵ Cour de Paris 18 mai 1957. Ann. 1957, p. 321.

moyen nouveau ou encore l'application nouvelle d'un moyen connu³⁰⁶. Cette jurisprudence fut critiquée car la notion d'activité inventive ainsi définie objectivement ne pouvait donner de résultats précis³⁰⁷. Aussi sous l'influence d'un certain courant doctrinal³⁰⁸, les tribunaux français ramenèrent le concept de l'invention brevetable à celui d'une production à caractère utilitaire. C'est ce que jugea notamment la Cour de Paris dans une affaire relative à un répertoire porte-cartes à onglets : en prononçant la nullité du modèle la Cour constatait qu'il s'agissait là d'une « création qui se synthétise dans une forme adoptée dans un but pratique au point que la fonction utilitaire absorbe l'effet ornemental ». Il importe peu, ajoutait la Cour, que l'auteur du modèle ait « ainsi réalisé une simple juxtaposition de moyens non brevetables ou une combinaison nouvelle susceptible d'être brevetée si l'emploi des divers éléments et leur combinaison se trouvaient commandés par l'utilité »³⁰⁹.

L'arrêt de la Cour de Paris réduit considérablement la portée de la loi sur les dessins et modèles puisque seules les formes dont la fonction s'épuise dans la décoration d'un objet peuvent théoriquement s'en prévaloir. En sanctionnant le principe de la gratuité des formes dans un domaine où la création reste soumise à des impératifs de nature technique ou économique, l'arrêt s'inscrit en marge de la réalité des faits. Aussi la décision allait-elle très rapidement être censurée par la Cour de Cassation. La plus haute juridiction française reprocha à la Cour de Paris d'avoir substitué aux termes « invention brevetable » figurant à l'article 2 alinéa 2 de la loi du 14 juillet 1909, le terme « utilitaire » alors que ces deux expressions étaient loin d'être synonymes³¹⁰. L'objection est certes valable : mais l'arrêt de la Cour de Cassation ne résout aucun des problèmes posés par l'interprétation de l'article 2 alinéa 2 de la loi sur les dessins et modèles car la notion d'invention brevetable n'est toujours pas définie. Or la question est devenue cruciale depuis l'entrée en vigueur de la nouvelle loi sur les brevets d'invention du 2 janvier 1968 qui a introduit la condition du niveau inventif.

³⁰⁶ Cour de Paris 4 décembre 1957. RIDA 1957, p. 127. Jugé dans le même sens Cour de Paris 4 juin 1958 à propos d'un modèle de porte-bagage. Ann. 1959, p. 281. 30 mars 1960 JCP 1960 II n° 11593 à propos de bandes métalliques destinées à capsuler des bouteilles.

³⁰⁷ Voir dans ce sens note Roubier JCP II 1956 9072.

³⁰⁸ Notamment Carteron : Les confins du modèle et du brevet d'invention. Mélanges Marcel Plaisant. Paris 1960, p. 21 et suiv., et note Greffe. Dalloz 1962, p. 502.

³⁰⁹ Cour de Paris 22 mars 1962.

³¹⁰ Cass. 22 février 1966 JCP 1967 II n° 15196 avec note Gegoult. A cette même date la Cour de Cassation a rendu trois autres arrêts concernant un disque pour bâton de ski, un rabot à légumes et un catadioptré, où le problème des formes ambivalentes s'est trouvé posé. Voir JCP 1967 II n° 15996. Pour un commentaire de ces arrêts, voir Desbois dans Rev. Trim. dr. com. 1968, p. 68 ; et Perot-Morel, *op. cit.*, p. 209 et suiv.

S'il ne fait aucun doute que des circonstances telles que la divulgation de l'invention, l'insuffisance de la description, l'expiration de la durée de protection ne sauraient faire échec à l'application de l'article 2 alinéa 2³¹¹, suffit-il pour que cette disposition puisse être invoquée que la réalisation en cause appartienne au genre des productions techniques ou faut-il encore qu'elle atteigne le niveau d'une invention ? A supposer, comme l'ont prétendu certains auteurs, que cette seconde interprétation soit la bonne, l'extension du régime des dessins et modèles n'aurait pratiquement plus de limites. L'octroi d'un brevet d'invention dépendant entre autres de la manifestation d'une activité inventive, bon nombre d'innovations qui relèvent de la technique industrielle courante vont pouvoir être déposées comme modèle industriel, l'article 2 alinéa 2 demeurant inapplicable puisque la réalisation n'est pas brevetable. La loi du 14 juillet 1909 couvrirait alors un domaine qui, dans les pays où cette institution existe, est réservé aux modèles d'utilité³¹². Madame Perot-Morel écrit ainsi que l'arrêt rendu par la Cour de Cassation évite « d'invalider au titre de dessins et modèles des créations de forme qui réalisent un perfectionnement utile sur le plan industriel telles que l'économie, la commodité d'utilisation ou de fabrication »³¹³.

A notre avis, l'interprétation donnée par la Cour de Cassation de l'article 2 alinéa 2 de la loi sur les dessins et modèles va encore plus loin. Si le caractère séparable des éléments constitutifs de la nouveauté du modèle ne peut se rapporter qu'à une invention brevetable, l'application de l'article 2 alinéa 2 paraît exclue dès lors que lesdits éléments sont inséparables d'une innovation qui n'appartient pas au domaine de la technique, c'est-à-dire dans la terminologie française, qui n'entraîne aucun résultat industriel. La loi du 14 juillet 1909 protégerait ainsi des productions qui en réalité ne seraient que des formes d'exécution de méthodes s'adressant à l'intelligence comme par exemple des systèmes commerciaux, des idéations publicitaires, etc.³¹⁴. Ce serait alors faire du régime des dessins et modèles une sorte de « fourre tout » auquel seraient assujetties les productions intellectuelles de nature des plus diverses, sans homogénéité aucune. On constate donc que déjà sur ce point l'article 2 alinéa 2 est incapable de délimiter d'une manière satisfaisante le champ d'application de la loi sur les dessins et modèles.

³¹¹ Voir dans ce sens Desbois, cité sous note précédente ; Perot-Morel, *op. cit.*, p. 212 ; Loyer : Sur l'article 2 al. 2 de la loi du 14 juillet 1909. Ann. 1952, p. 119, 125.

³¹² Ainsi la Cour de Paris a protégé la forme d'une carrosserie de scooter qui, en Italie, avait fait l'objet d'un modèle d'utilité. Voir Cour de Paris 9 mars 1953. RIDA 1953, p. 125.

³¹³ Perot-Morel, *op. cit.*, p. 212 ; dans le même sens Gegoult cité sous note 310. Desbois cité sous note 310.

³¹⁴ Sur la concrétisation des méthodes s'adressant à l'intelligence dans un modèle voir *infra* n° 151.

C) *L'appréciation du caractère séparable des éléments constitutifs de la nouveauté du modèle de ceux de l'invention brevetable.*

145. La recherche d'un critère permettant d'apprécier le caractère séparable des éléments constitutifs de la nouveauté du modèle de ceux de l'invention brevetable a donné lieu à une abondante jurisprudence. La doctrine s'est également occupée de ce problème. De la multiplicité des options envisagées se dégagent néanmoins trois tendances.

a) *Le critère des contours.*

146. La première tendance que l'on peut qualifier de conservatrice est représentée par le critère dit « des contours », défendu par M. Carteron³¹⁵. Pour cet auteur, le seul examen des contours de l'objet indiquera si ceux-ci ont pour conséquence l'adoption d'un résultat industriel. Dès lors, soutient M. Carteron, que « tel dessin ou telle forme a pour aboutissement l'obtention d'avantages industriels d'une nature quelconque, susceptible notamment de se concrétiser par une économie de main-d'œuvre et de prix de revient, une rapidité d'exécution, un accroissement de résistance, une plus grande facilité de préhension »³¹⁶ la réalisation doit échapper au régime des dessins et modèles. Ainsi la fabrication d'un objet dans une nouvelle matière, par exemple l'aluminium, entraîne certes une modification de son aspect extérieur. Toutefois ce n'est pas cette apparence nouvelle qui est importante, mais le fait que l'objet en aluminium est plus léger, plus résistant et meilleur conducteur d'électricité ; la forme résultant d'une fabrication en aluminium, conclut M. Carteron, ne peut pour cette raison être séparée du résultat industriel.

Le critère est certes d'une application facile et ne laisse subsister aucun doute quant à l'issue des litiges. Il ne saurait toutefois être retenu, car il exclut de la portée de la loi toutes les créations de forme qui ne seraient pas absolument gratuites. Seules les créations qui se manifestent dans une ornementation superficielle, dans le décor extérieur d'un objet bénéficieraient ainsi de la protection légale. On a pu dire, à juste titre, qu'avec l'emploi du critère de M. Carteron c'est toute l'esthétique industrielle qui se trouve menacée³¹⁷.

³¹⁵ Carteron : Les confins du modèle et du brevet d'invention, cité sous note 308. *Id.* : A propos de l'alinéa 2 de l'article 2 de la loi du 14 juillet 1909. Ann. 1955, p. 3.

³¹⁶ Carteron : Les confins du modèle et du brevet d'invention, p. 27.

³¹⁷ Voir A. Casalonga : Supplément au traité technique et pratique des brevets d'invention. Paris 1958, p. 67.

b) *Le critère de la multiplicité des formes ; les formes technique-ment nécessaires.*

147. La tendance dite libérale est représentée par le critère de la multiplicité des formes. Son application conduit à admettre le caractère séparable des réalisations toutes les fois que le même résultat industriel peut être obtenu par des formes différentes de celles déposées comme modèle industriel. Cette condition ne sera pas remplie lorsque la forme est réputée techniquement nécessaire, c'est-à-dire lorsque ses contours ne peuvent être modifiés sans altérer la performance de l'objet³¹⁸. La simplicité d'un tel critère a séduit un certain nombre de cours françaises. La Cour de Paris a pu ainsi protéger par la loi du 14 juillet 1909 un modèle de chaise dessiné par l'architecte Marc Stamm dont l'aspect nouveau résultait de la suppression des pieds arrières et de leur remplacement par une tubulure en forme de U supportant la partie intermédiaire du siège³¹⁹. Dans l'affaire Téalémit, cette même Cour de Paris admit la validité du dépôt d'un modèle de graisseur quand bien même la forme hexagonale de sa tête paraissait strictement déterminée par l'emploi d'une clé à six pans d'un usage universel à l'époque. La Cour constatait que l'aspect extérieur du graisseur était totalement « indépendant des conditions exigées par son emploi » qui pouvait se concevoir sous des formes différentes. Une tête à huit, six, quatre ou deux pans, voire ronde, triangulaire ou ovale, permettait selon la Cour d'obtenir d'une manière aussi parfaite le serrage de la clé³²⁰.

Le critère de la multiplicité des formes vient donc se situer aux antipodes de celui des contours. Appliqué tour à tour par les tribunaux français, chacun d'eux donne à l'interprétation jurisprudentielle de l'article 2 alinéa 2 de la loi du 14 juillet 1909 un caractère hétéroclite³²¹. Il n'est du reste pas rare qu'une même juridiction emploie successivement ces deux critères. Ainsi dans l'affaire du déflecteur pour toit ouvrant de voiture, la Cour de Paris condamna résolument le recours au critère de la multiplicité des formes. Il importe peu, disait la Cour, que « le même résultat industriel puisse être obtenu par d'autres formes de déflecteur. Le bénéfice de la loi sur les dessins et modèles n'est

³¹⁸ Sur la théorie de la multiplicité des formes voir notamment Roubier, *op. cit.*, vol. II, p. 8 et suiv. Casalonga, *op. cit.*, vol. I, p. 171 et suiv. Desbois, cité sous note 310. Perot-Morel, *op. cit.*, p. 201 et suiv. Valancogne, *op. cit.*, p. 173 et suiv. Loyer, cité sous note 310. Brochut : note dans Ann. 1957, p. 398.

³¹⁹ Cour de Paris 17 juillet 1936. Ann. 1937, p. 223.

³²⁰ Cour de Paris 8 mars 1939. Ann. 1939, p. 258 ; décision critiquée par A. Casalonga, *op. cit.*, p. 172 et suiv.

³²¹ Pour un tableau de la jurisprudence française interprétant l'Art. 2 al. 2 de la loi du 14 juillet 1909, voir R. Dusolier et Y. Saint-Gall : Protection et défense des dessins et modèles Paris 1966 avec supplément au 25 février 1969, litt. C².

acquis qu'aux modèles présentant des caractères ornementaux ou de fantaisie non nécessaires et indépendants de la fonction technique de l'appareil et du résultat recherché. Lorsque, comme dans le cas présent, l'effet décoratif et la forme esthétique résultent des nécessités techniques de la recherche d'un résultat industriel, la loi du 14 juillet 1909 ne peut être invoquée ». On voit donc que la Cour de Paris s'est ici ralliée au critère de M. Carteron ³²².

Dans le débat opposant le critère des contours à celui de la multiplicité des formes, la Cour de Cassation ne paraît pas avoir pris position. Certes à de nombreuses reprises, notamment dans une seconde affaire Téalémit ³²³, dans un arrêt relatif à un modèle de douille pour une lampe ³²⁴, enfin dans un arrêt concernant un porte-bagages pliant de scooter ³²⁵, la Cour de Cassation semble affirmer la légitimité de la théorie de la multiplicité des formes. Il faut toutefois relever que dans ce dernier arrêt la plus haute juridiction se réfère aux appréciations souveraines de la Cour d'Appel, réduisant ainsi l'application du critère à une question de pur fait. Cette approche se manifeste encore plus nettement dans un arrêt relatif à un modèle de disque pour bâton de ski. La Cour de Cassation se retranche en effet derrière la décision du tribunal inférieur et refuse de se prononcer sur la validité du critère de la multiplicité des formes alors que la possibilité lui en était offerte, le pourvoi faisant allusion « aux mille manières différentes d'obtenir le même résultat » ³²⁶.

Pour notre part, nous trouvons le critère de la multiplicité des formes aussi peu satisfaisant que celui des contours. Si ce dernier critère est trop restrictif en ce qu'il exclut du régime des dessins et modèles les formes dont l'effet n'est pas purement décoratif, le premier est beaucoup trop lâche car il laisse passer au travers de ses mailles des productions intellectuelles qui n'ont aucun rapport avec le domaine de la création de formes d'objets industriels. Il est en effet extrêmement rare qu'un résultat technique soit lié à une seule forme possible, de sorte que l'application du critère de la multiplicité des formes conduira à valider

³²² Cour de Paris 18 mai 1957. Ann. 1957, p. 321.

³²³ Cass. 24 février 1957. Ann. 1957, p. 397.

³²⁴ Cass. 16 mai 1957. Ann. 1957, p. 307.

³²⁵ Cass. 25 février 1964. Dalloz 1967, p. 325. Ce même porte-bagages a donné lieu à deux arrêts contradictoires de la Cour de Paris ; voir Cour de Paris 4 juin 1958. Ann. 1958, p. 282, arrêt qui a été cassé par la décision de la Cour de Cassation précitée, et 7 déc. 1957. Ann. 1957, p. 424. Dans un arrêt du 18 juillet 1967, la Cour de Cassation déclarait définitivement protégeable le porte-bagages. Voir Dusolier et St-Gall, *op. cit.*, Supplément litt. C².

³²⁶ Cass. 22 février 1966 JCP 1967 II n° 15196 concernant un disque de bâton de ski. Voir aussi les trois autres arrêts de la Cour de Cassation cités sous note 310 et plus récemment Cass. 21 janvier 1970. Dalloz 1970, p. 304. Voir aussi Desbois cité sous note 310 qui considère que l'appréciation du caractère séparable des éléments constitutifs de la nouveauté du modèle est une question de droit.

le dépôt de modèles qui ne constituent en réalité que de simples variantes d'exécution d'innovations techniques³²⁷. En multipliant les dépôts, l'inventeur sera en mesure de monopoliser une idée technique pendant une durée excédant de beaucoup le délai de protection prévu par le régime des brevets d'invention.

c) *L'application restreinte du critère de la multiplicité des formes : le caractère ornemental du modèle.*

148. Les objections qui viennent d'être formulées à l'encontre de la théorie de la multiplicité des formes n'ont pas laissé insensible la doctrine française. Certains auteurs ont alors cherché à donner au critère une orientation différente. Selon cette doctrine, l'exception prévue à l'article 2 alinéa 2 de la loi du 14 juillet 1909 et partant l'application du critère de la multiplicité des formes ne peut entrer en ligne de compte que lorsque la forme possède à la fois un caractère ornemental et utilitaire. Si une configuration n'a été conçue qu'en fonction de considérations techniques, elle se voit bannie du régime des dessins et modèles, non pas en vertu de l'article 2 alinéa 2, mais parce qu'une des conditions fondamentales de la loi de 1909, le caractère ornemental du modèle fait défaut. Le problème doit donc être résolu en deux étapes : dans une première phase on examinera si, à côté de sa finalité pratique, la forme entraîne un effet ornemental ; si tel est le cas on appliquera dans une seconde phase le critère de la multiplicité des formes pour établir si l'aspect ornemental du modèle peut être dissocié de sa fonction utilitaire³²⁸.

Au lieu de les résoudre, cette conception crée de nouveaux problèmes car la décision va reposer maintenant sur l'interprétation du terme « ornemental ». On peut en effet considérer comme ornemental tout ce qui relève d'une décoration superficielle de l'objet, mais alors on retombe dans les errements de la théorie de M. Carteron. L'article 2 alinéa 2 de la loi de 1909 deviendrait par ailleurs superfétatoire car l'ornement ainsi défini est par nature séparable des éléments fonctionnels de l'objet. Mais on peut aussi donner à ce terme une acception beaucoup plus large et l'appliquer à tout ce qui est perceptible par les sens³²⁹. Dans ce cas, on n'évite aucun des inconvénients de la théorie de la multiplicité des formes car si est ornementale toute entité perceptible par les sens, n'importe quelle variante d'exécution d'une idée technique pourra don-

³²⁷ Voir dans ce sens Roubier, *op. cit.*, vol. II, p. 14.

³²⁸ Voir Perot-Morel, *op. cit.*, p. 204 et suiv. ; *id.* : note Cour de Grenoble 30 septembre 1968 JCP 1969 II n° 15979 ; note R. Plaisant à l'arrêt rendu par la Cour de Paris 15 avril 1964 JCP 1964 II n° 13896 qui, à propos de modèles de paumelles de porte, avait appliqué la théorie de la multiplicité des formes. Dans le même sens, voir Roubier, *op. cit.*, vol. II, p. 15 et suiv.

³²⁹ Sur les différents sens du terme « esthétique » voir *supra* n° 18 et 136.

ner lieu au dépôt d'un modèle industriel du moment qu'elle n'en constitue pas la seule forme d'application possible. Dans la première hypothèse l'interprétation de la loi est trop restrictive, dans la seconde beaucoup trop large. L'opposition entre la forme ornementale et la forme technique se révèle donc complètement stérile. Le moyen terme doit être cherché dans une autre direction.

§ 3. LE TRAITEMENT JURIDIQUE DES FORMES AMBIVALENTES EN DROIT SUISSE.

149. En mentionnant à l'article 3 de la loi fédérale du 30 mars 1900 l'utilisation de l'objet en plus de l'effet technique et du procédé de fabrication, le législateur se montre beaucoup plus précis dans la délimitation du champ d'application du régime des dessins et modèles que son homologue français. Cette disposition paraît en effet viser tout le domaine de l'utile, de sorte qu'elle pourra s'appliquer même si la forme ne relève pas du genre des inventions brevetables³³⁰. Contrairement au système français, la configuration qui incorpore une méthode s'adressant à l'intelligence tomberait sous le coup de l'article 3³³¹. A cette différence près, le problème de la protection des formes ambivalentes se pose en Suisse dans les mêmes termes qu'en droit français.

Dans tous les arrêts où il s'est occupé de la question, le Tribunal fédéral s'est toujours efforcé de dissocier la fonction esthétique, ornementale de la forme de sa fonction utilitaire. A propos d'un appareil à cirer les parquets, notre instance suprême déclare que le dispositif ne présente aucun caractère esthétique, aucune forme extérieure spéciale ayant un but esthétique indépendant du résultat pratique³³². Dans une affaire concernant un modèle de peigne caractérisé par sa surface bombée destinée à s'adapter à la forme de la tête, le Tribunal fédéral relève qu'il s'agit là « de peignes à démêler, c'est-à-dire d'objets usuels, dont le but n'est pas tant de satisfaire le goût par leur aspect extérieur que de remplir un rôle utile grâce à leurs qualités pratiques »³³³. Pour les mêmes motifs le Tribunal fédéral annule le dépôt d'un modèle d'une bouteille stérilisée présentant sur sa partie inférieure un rétrécissement

³³⁰ Sur la portée réelle de ces trois termes voir von Waldkirch, *op. cit.*, p. 195 a et suiv.

³³¹ Voir notamment Bureau fédéral de la propriété intellectuelle 23 novembre 1965, Mitt. 1968, p. 58 et suiv., à propos de modèles de cible ; les différents cercles concentriques qui constituent la cible concrétisent une méthode destinée à mesurer l'habileté du tireur.

³³² ATF 15 oct. 1909 35 II 672. JdT 1910, p. 214.

³³³ ATF 9 juillet 1929 55 II 221. JdT 1930, p. 29. Voir dans le même sens ATF 15 décembre 1911, JdT 1912, p. 294, à propos de modèles de pinces de cravate ; 29 mars 1912 38 II 311 à propos d'une enveloppe à fenêtre. Cour de Justice 4 octobre 1913, SJ 1914, p. 84, à propos du jeu dit « de tonneau ».

permettant une meilleure préhension³³⁴. En revanche, notre instance suprême observe au sujet de la forme trapue d'un cornet d'emballage « qu'elle répond en premier lieu à des préoccupations esthétiques »³³⁵.

La jurisprudence du Tribunal fédéral cherche ainsi à faire la part entre les facteurs esthétiques et anesthétiques qui ont présidé à la conception de la forme. Mais en même temps qu'il s'efforce de réaliser cette dissociation, le Tribunal fédéral affirme que la protection conférée par la loi sur les dessins et modèles n'est pas limitée « aux ornements graphiques » apposés sur l'objet, mais qu'elle s'étend à sa forme plastique dont le caractère esthétique se manifeste dans les lignes mêmes du produit³³⁶. La contradiction est évidente et la démarche ne peut aboutir qu'à un échec car seul l'ornement au sens strict du terme peut être séparé des éléments fonctionnels de l'objet. Dans cette perspective l'interprétation de l'article 3 de la loi fédérale du 30 mars 1900 pose des problèmes qui restent insolubles. Certes lorsque la forme est techniquement nécessaire, lorsqu'elle ne peut être modifiée sans que la performance de l'objet ou son mode de fabrication n'en soit altéré, l'application de cette disposition paraît automatique. Cependant « il s'en faut de beaucoup » comme le précise le Tribunal fédéral « que la technique et la destination de l'objet conduisent toujours à une seule et même solution »³³⁷. Dans cette hypothèse, le fait que la forme puisse subir certains changements sans que ceux-ci entraînent une incidence quelconque sur le plan pratique ou technique suffira-t-il à fonder la protection légale ? Dans une jurisprudence constante le Tribunal fédéral s'est prononcé contre une telle interprétation de l'article 3 qui réduirait sa portée à une simple application du critère de la multiplicité des formes. Ainsi dans l'arrêt Jäger contre Düfner³³⁸, le demandeur avait déposé un modèle de sac à linge sale monté sur un cadre métallique en forme de prisme droit caractérisé par la forme incurvée de ses arêtes verticales. Le demandeur ne revendiquait pas la protection légale pour la forme générale du sac qui était antérieure par un dépôt américain. L'élément nouveau du modèle était en fait constitué par la courbure donnée aux arêtes. Cette forme incurvée avait été choisie aux fins d'éviter que ne se produisent des plis pouvant salir ou détériorer le sac. Le Tribunal fédéral constatait que la forme spéciale donnée aux arêtes améliorerait certes l'aspect général du sac mais qu'il s'agissait là néanmoins d'une solution purement technique permettant de remédier aux inconvénients résultant de la mauvaise adaptation du sac à son cadre métallique. Dès lors, concluait notre instance suprême, et puisque

³³⁴ ATF 30 novembre 1943 69 II 421.

³³⁵ ATF 21 mars 1961 87 II 49, 52 et suiv.

³³⁶ ATF 21 mars 1961 87 II 49. Dans le même sens ATF 17 déc. 1957 83 II 475, 478 ; et 30 septembre 1969 95 II 470, 472. JdT 1970, p. 626 et suiv.

³³⁷ ATF 30 septembre 1969 95 II 470, 472 ; voir aussi 17 déc. 1957 83 II 475.

³³⁸ ATF 4 octobre 1966 92 II 202.

la forme ne s'adresse pas exclusivement au goût, elle ne peut bénéficier de la protection légale quand bien même on aurait pu résoudre le problème technique par des moyens différents de ceux utilisés par le demandeur³³⁹.

Mais que doit-on entendre par une forme qui s'adresse exclusivement au goût ? Le Tribunal fédéral pose le critère sans pour autant le définir. Certes à de nombreuses occasions le Tribunal fédéral s'efforce d'apporter certaines précisions mais celles-ci paraissent insuffisantes pour résoudre la plupart des litiges. Ainsi dans certains arrêts, il met l'accent sur la prédominance de l'effet esthétique de la production sur son caractère utilitaire³⁴⁰. Dans l'affaire des cornets d'emballage, il relève que l'impression esthétique domine car « le succès des cornets provient non de leurs quelques avantages pratiques mais de leur élégance »³⁴¹. Dans un arrêt concernant un appareil destiné à protéger l'utilisateur contre des rayons nocifs, il déclare qu'une forme « vise à produire un effet esthétique » si « l'objet pour lequel cet effort peut se concevoir revêt une forme qui n'est pas exclusivement ou en majeure partie dictée par son utilisation ». Tel ne sera pas le cas lorsque la forme ne peut être contemplée que lorsque l'objet aura été démonté³⁴². Dans toutes ces décisions le Tribunal fédéral aborde le problème de l'extérieur et cherche à mesurer une sorte de « dépassement » de l'effet esthétique. La méthode rappelle celle appliquée par le Tribunal d'Empire pour marquer la frontière entre le régime des dessins et modèles et celui du droit d'auteur ; elle ne peut donc donner de résultats satisfaisants³⁴³. Comme l'importance de l'effet esthétique ne peut être mesurée objectivement, le juge aura tendance à s'appuyer sur des circonstances qui sont totalement étrangères à la création. Le genre du support matériel risque ainsi de devenir le facteur déterminant. On dira ainsi de certains objets tels des cylindres, des arêtes de ski, une prise électrique, qu'ils ne possèdent aucun caractère esthétique, que leur forme n'a été conçue qu'en fonction de considérations utilitaires³⁴⁴. Dans les cas limites de tels apriorismes deviennent dangereux et nuisent à la sécurité du droit. Comment en effet réconcilier les décisions qui annulent le dépôt de modèles de peignes³⁴⁵, de bouteilles stérilisées³⁴⁶ sous prétexte qu'ils sont des objets purement utilitaires avec celle qui admet la validité d'un modèle de cornets d'emballage pour le motif entre autres que la forme donnée à l'objet « résout d'une manière heureuse et nou-

³³⁹ ATF 4 octobre 1966 92 II 202.

³⁴⁰ ATF 30 nov. 1943 69 II 421. Dans le même sens Bureau fédéral de la propriété intellectuelle 10 avril 1963. Mitt. 1964, p. 98.

³⁴¹ ATF 21 mars 1961 87 II 49, 53.

³⁴² ATF 28 avril 1945 71 I 134. JdT 1945, p. 503.

³⁴³ Voir *supra* n° 120.

³⁴⁴ Voir dans ce sens Troller : Immaterialgüterrecht, vol. I, p. 521.

³⁴⁵ Voir note 333.

³⁴⁶ Voir note 334.

velle le problème esthétique que pose l'emballage sous une forme courante et économique » ³⁴⁷.

En réalité, en appréciant la portée du régime des dessins et modèles par des critères réels qui se rapportent à l'effet esthétique ou utilitaire que produit la création dans le monde extérieur, on se heurtera toujours à l'alternative que nous avons évoquée lors de notre étude du droit français : soit limiter l'application du régime aux ornements superficiels apposés sur un objet, à sa décoration extérieure, ce qui en Suisse serait contraire au droit positif, soit l'étendre à toutes les configurations perceptibles par les sens, l'adjectif « esthétique » revêtant une signification tout à fait neutre. Pour les raisons que nous avons exposées, ni l'un ni l'autre des termes de cette alternative n'est satisfaisant ³⁴⁸.

³⁴⁷ Voir note 335.

³⁴⁸ Dans les ordres juridiques où l'accent est mis de la même manière sur le caractère ornemental ou l'effet esthétique de la forme, les résultats ne sont guère plus convaincants. Ainsi en droit américain, la distinction entre les « fonctionnel » et « non fonctionnel features » s'avère des plus stériles. Voir notamment : Cour d'Appel 9^e Circuit. 20 mai 1968. 158 USPQ, p. 178. Cour de district 12 avril 1968. 160 USPQ, p. 312. Cour d'Appel 9^e Circuit. 155 USPQ, p. 123. 27 juillet 1967. Cour des brevets et des douanes 17 nov. 1964. 140 USPQ R, p. 653. Cour d'Appel 9^e Circuit. 21 mars 1963. 137 USPQ, p. 189. Section d'appel du bureau fédéral des brevets 18 mai 1962. 135 USPQ, p. 128. Cour d'Appel 2^e Circuit 2 avril 1962. 133 USPQ, p. 96. Cour d'Appel. 1^{er} Circuit 27 août 1958. 118 USPQ, p. 424. Cour d'Appel 5^e Circuit 18 avril 1956. 109 USPQ, p. 179. Voir aussi les arrêts cités par Secrétan, *op. cit.*, p. 65 et suiv. Pour une appréciation critique de cette jurisprudence voir notamment Nimetz : Design Protection, Copyright law Symposium n° 15. 1967, p. 79 et suiv. Bowen : Design Patents and Modern Industrial Designs. JPOS 1955, vol. 37, p. 744 et suiv. Il faut relever que le projet de loi sur les dessins et modèles du 3 avril 1969 — Hart Bill — consacre à la section 2 litt. d l'opposition entre les éléments fonctionnels et non fonctionnels du modèle.

En Italie la distinction entre le modèle d'ornement et le modèle d'utilité est pratiquement impossible à réaliser lorsque cette dernière institution est interprétée dans le sens d'une protection de la forme ; ainsi à propos des formes ambivalentes, M. Bonasi-Benucci écrit que si la forme n'est pas techniquement nécessaire, il n'y a aucune raison de lui refuser le brevet pour modèle d'ornement ; mais comme d'autre part, l'idée technique qui a présidé à la conception du modèle d'utilité peut s'extérioriser dans d'autres configurations, on voit mal en quoi réside la distinction entre ces deux genres de modèles ; dans chacune de ces hypothèses, la forme peut en effet être modifiée sans altération de l'idée technique. Voir Bonasi-Benucci, *op. cit.*, p. 310, 336 et suiv. Pour éviter toute surprise désagréable, le créateur de formes d'objets industriels fera donc bien de procéder à deux dépôts simultanés, l'un pour modèle d'utilité, l'autre pour modèle d'ornement.

A cet égard, on peut citer un arrêt du Tribunal de Monza relatif à une croix sur laquelle figuraient certaines indications qui devaient permettre à son possesseur de visiter la ville de Rome sans recourir à des guides. L'auteur du modèle l'avait déposé comme modèle d'utilité ; le dépôt fut déclaré nul par le Tribunal de Monza car la forme ne conférerait pas à l'objet une efficacité, une commodité d'emploi ou d'application particulière. Mais la croix ne pouvait plus faire l'objet d'un modèle d'ornement car son enregistrement comme modèle d'utilité avait conduit à sa divulgation de sorte qu'elle avait perdu son caractère nouveau. Voir Tribunal Monza 16 février 1952. Riv. propr. intelett. e ind. 1952, p. 178.

*Section III :*LA PROTECTION DES FORMES AMBIVALENTES ET
LE CRITÈRE DE L'ORIGINALITÉ

§ 1. L'ŒUVRE D'ARCHITECTURE ET LE RÉGIME DU DROIT D'AUTEUR.

150. Le régime des dessins et modèles protège des créations de forme, c'est-à-dire des réalisations concrètes perceptibles par les sens. La forme est ici une fin en soi, l'aboutissement de l'effort créateur et non un moyen qui doit permettre l'extériorisation d'une idée technique comme c'est le cas dans le droit des brevets d'invention. Cette caractéristique est aussi celle des œuvres donnant prise à un droit d'auteur de sorte que les principes qui régissent ce genre de manifestations intellectuelles paraissent sans autre, applicables au domaine des créations de forme d'objets industriels. On sait qu'en droit d'auteur, l'utilité que l'œuvre peut procurer sur le plan matériel ne constitue jamais un obstacle à sa protection. Ainsi l'œuvre d'art appliqué reste soumise au droit d'auteur malgré son incorporation à un objet d'usage dès lors qu'elle possède un caractère représentatif³⁴⁹. Il en va de même de toutes les petites monnaies du droit d'auteur dont la finalité intellectuelle est liée à l'obtention de résultats pratiques. Les œuvres de l'architecture sont un autre exemple de productions où l'élément utilitaire apparaît au premier plan. Celles-ci répondent à un impératif pratique bien déterminé : servir d'habitat à l'homme ; de plus, l'œuvre d'architecture est soumise à des contingences de nature technique, telles par exemple les lois de la mécanique statique. Ces considérations n'ont pourtant pas empêché le législateur de faire figurer les créations architecturales au rang d'œuvre investie d'un droit d'auteur encore que leur caractère représentatif puisse être sérieusement mis en doute³⁵⁰. Dans l'arrêt Berli contre Hoirs Schneider³⁵¹ le Tribunal fédéral définit l'œuvre de l'architecture comme « l'art d'édifier des constructions qui répondent à leur but et qui soient belles du point de vue esthétique ». Notre instance suprême met ainsi l'accent sur la nature ambivalente de ces réalisations :

« Une construction doit être une œuvre à la fois utile et esthétique. L'un ou l'autre de ces éléments peut prédominer mais cela n'importe pas ici. Les œuvres architecturales sont protégées tant dans leur

³⁴⁹ Voir *supra* n° 131.

³⁵⁰ Voir *supra* note 114.

³⁵¹ ATF 11 novembre 1930 56 II 413. JdT 1931, p. 201.

destination utile que dans leur qualité artistique à la condition que les plans et leur exécution soient dus à une idée créatrice. Sous l'empire de l'ancien droit la protection du droit d'auteur était acquise aux ornements (qui semblaient artistiques) et aux œuvres monumentales à but esthétique. La loi de 1923 a une plus grande portée : elle garantit le droit d'auteur pour ce qui est l'essence de l'architecture, la distribution des masses dans l'espace au double point de vue matériel et esthétique. Mais si une construction et ses plans sont le produit d'une activité exclusivement manuelle sans valeur originale ni idée créatrice, elles ne sont pas des œuvres d'architecture. La loi ne les protège pas. » ³⁵²

L'intérêt de cet arrêt est évident : le Tribunal fédéral renonce à faire dépendre l'application de la loi sur le droit d'auteur de la prédominance de l'effet esthétique sur le caractère utilitaire de l'œuvre. Les critères réels ont fait place aux critères personnels puisque la solution du problème repose sur l'existence d'une idée créatrice, sur la qualité de l'acte intellectuel dont est issue la réalisation architecturale. L'opposition entre la forme esthétique et anesthétique est ainsi abandonnée. C'est cette méthode qui devra être suivie si l'on veut apprécier la portée véritable du régime des dessins et modèles.

§ 2. LE PRINCIPE DE LA LIBERTÉ DES IDÉES ET SON INCIDENCE SUR L'ORIGINALITÉ DE LA FORME SOUMISE AU RÉGIME DES DESSINS ET MODÈLES INDUSTRIELS.

151. Lorsque l'on définit le modèle industriel comme une création de forme cela signifie non seulement que la protection doit être limitée à la manifestation intellectuelle perceptible par les sens mais encore qu'il faut asseoir la condition de l'originalité sur des éléments qui relèvent de la nature même de l'objet protégé. L'originalité va donc se traduire dans les contours de l'objet qui le circonscrivent dans l'espace, dans la forme qui en découpe la surface et non dans l'idée que celle-là extériorise dans la réalité. On retrouve donc cette antinomie de l'idée et de la forme qui, en matière de droit d'auteur, joue un rôle capital dans l'appréciation de l'originalité de l'œuvre. Certes l'opposition n'aura pas le même caractère, car le dessinateur industriel, à la différence de l'au-

³⁵² JdT 1931, p. 204 et suiv. Dans le même sens ATF 31 mai 1932 58 II 290. En Allemagne, la Cour fédérale a protégé une œuvre architecturale sans tenir compte de l'importance respective des facteurs esthétiques et utilitaires. Il faut, dit la Cour, qu'une création artistique se manifeste dans la construction. Cette manifestation de l'activité créatrice peut se traduire par l'adaptation de la réalisation architecturale à son site naturel. Voir BGH 29 mars 1957. BGHZ 24, p. 55. Voir cependant en sens contraire Kummer, *op. cit.*, p. 70, qui considère que l'œuvre soumise au régime du droit d'auteur ne saurait avoir de finalité pratique.

teur, n'exprime pas un contenu d'idées, de sentiments ou d'émotions mais cherche à intégrer dans une structure unique une pluralité de thèmes, d'abstractions qui lui sont imposés par la fabrication et le fonctionnement de l'objet³⁵³. Ces facteurs exerceront une certaine influence sur la conception de la forme mais celle-ci ne doit pas tenir son originalité de leur seule présence.

Dans le régime des dessins et modèles, la forme relève du domaine de l'activité pratique. Un objet d'usage constitue toujours l'objectivation sur le plan matériel d'une idée technique, d'une règle d'utilisation des forces de la nature. L'idée vient ainsi se cristalliser dans une forme perceptible par les sens, dans une structure visible³⁵⁴. Mais celle-ci, lorsqu'on l'envisage sous l'angle du droit des brevets d'invention, est toujours dépendante de l'idée technique dont elle représente une des applications possibles. Le droit ne s'attache pas à la forme concrète, mais à la règle technique que cette dernière fait intervenir et qui concerne soit son mode de fabrication, soit son utilisation, soit l'un ou l'autre de ces facteurs. La forme n'intéresse le régime des brevets d'invention que parce qu'elle détermine sur le plan pratique l'application d'une nouvelle connaissance technique. Sa valeur est purement instrumentale.

Il en va tout différemment du droit des dessins et modèles ; dans ce régime la structure visible de l'objet passe au premier plan. La création ne pouvant porter que sur la forme, cette dernière ne sera protégeable que si elle marque une certaine indépendance par rapport à l'idée technique, au lien de causalité qu'elle extériorise dans la réalité. Il faudra donc que l'originalité soit acquise lorsqu'on isole la forme du processus causal auquel elle appartient, c'est-à-dire lorsqu'on la considère sous un angle statique et non plus dynamiquement comme un moyen lié à un résultat matériel³⁵⁵. C'est du reste pour cette raison et non pour des considérations de politique juridique ayant trait au libre développement de la technique, comme on l'a parfois prétendu³⁵⁶, que les formes dites techniquement nécessaires ne peuvent bénéficier de la protection qui découle du régime des dessins et modèles. Les formes techniquement nécessaires sont en effet dénuées de tout caractère original, ce qui ne les empêche pas d'être souvent une réussite sur le

³⁵³ Voir *supra* n° 131.

³⁵⁴ Voir *supra* n° 112. Voir aussi Troller : *Immaterialgüterrecht*, vol. I, p. 522.

³⁵⁵ Voir *supra* n° 94. Lorsque l'on envisage, à l'instar d'une partie de la doctrine italienne — *supra* n° 97 — le modèle d'utilité comme une création de forme, il devient impossible de le distinguer du modèle d'ornement.

³⁵⁶ Ainsi M. Troller propose de recourir au critère de la multiplicité des formes pour éviter que le développement de la technique ne soit freiné par le dépôt d'un modèle portant sur une forme techniquement nécessaire. Troller : *Immaterialgüterrecht*, vol. I, p. 528.

plan esthétique³⁵⁷. Ainsi en est-il, par exemple, de la forme des pales d'une turbine. Le rendement optimum de cet appareil va faire l'objet d'une série de calculs pour être ensuite exprimé dans une formule mathématique. Le constructeur donnera aux pales un profil qui traduira dans l'espace la formule ainsi obtenue. Celle-ci déterminera a priori les contours de la pale de sorte que l'activité personnelle du dessinateur n'y trouvera aucune place³⁵⁸. L'originalité fait donc complètement défaut, ce qui exclut par là même la forme de la portée de la loi, sans qu'il soit nécessaire de préciser ce motif d'exclusion par une disposition expresse.

Mais dans la plupart des cas, les impératifs techniques ne dictent pas complètement les caractéristiques formelles de l'objet. Entre la forme techniquement nécessaire et la forme absolument libre tel l'ornement, il y a toute une série de paliers où l'intervention des facteurs personnels est plus ou moins importante³⁵⁹. La plupart des idées techniques sont en effet susceptibles de s'extérioriser dans une pluralité de formes d'exécution. Naturellement cette seule circonstance ne suffit pas pour mettre en œuvre le régime des dessins et modèles sinon on retomberait dans les errements de la théorie de la multiplicité des formes. C'est alors que le critère de l'originalité entrera en jeu. Son application devra faire la part des formes où l'idée technique a été transposée dans l'espace d'une façon banale, évidente, de celles qui représentent de véritables valeurs créatrices. Il faudra donc formuler d'une manière aussi précise que possible les facteurs techniques qui conditionnent l'existence de l'objet — fabrication, utilisation — pour ensuite établir si la forme, compte tenu de la présence de ces données techniques, était ou non à la portée d'un dessinateur d'une capacité et d'une habileté moyenne³⁶⁰.

Ce qui vient d'être dit pour les impératifs techniques vaut également pour tous les autres objectifs qu'ils soient de nature économique, commerciale ou stylistique³⁶¹. Ainsi lorsque la forme incorpore une méthode s'adressant à l'intelligence, l'application du critère de l'originalité permettra de mesurer le degré d'indépendance de la forme envers la

³⁵⁷ Voir dans ce sens Furler, *op. cit.*, p. 40. Schramm : Die schöpferische Leistung, p. 159 et suiv. Von Gamm, *op. cit.* ad § 1. Anm. 40, p. 53. Voir aussi ATF 30 septembre 1969 95 II 479. JdT 1970, p. 626.

³⁵⁸ Exemple de Schürer, *op. cit.*, p. 14.

³⁵⁹ Schürer, *op. cit.*, p. 14. Voir aussi Pietrkowski : Schutz der äusseren Form technischer Konstruktionen. GRUR 1932, p. 663.

³⁶⁰ Le problème se pose donc exactement dans les mêmes termes qu'en matière de droit d'auteur. Voir *supra* n° 80.

³⁶¹ Voir notamment von Gamm, *op. cit.* ad § 1. Anm. 40, p. 53. Voir aussi note 261. Comparer en Suisse les arrêts figurant aux ATF 84 II 653 (JdT 1959, p. 594) et 95 II 479 (JdT 1970 626) où dans un cas notre instance suprême affirme que le style moderne dépouillé de tout ornement n'est pas incompatible avec la manifestation d'une certaine originalité alors que dans l'autre, cette qualité paraît être attribuée au seul décor extérieur d'un objet.

méthode. Par exemple, dans le jeu d'échecs deux joueurs font manœuvrer l'une contre l'autre deux séries de 16 pièces diverses sur une tablette divisée en 64 cases. Cette définition restreint considérablement le déploiement de l'activité créatrice d'un dessinateur qui aurait été chargé de concevoir une nouvelle forme d'échiquier. En d'autres termes, avant de se prononcer sur l'originalité de la forme d'un objet industriel, le juge va devoir établir une liste de toutes les données abstraites, de tous les thèmes sous les auspices desquels l'activité intellectuelle du dessinateur s'est déroulée ³⁶². En dressant ce catalogue, le juge définira la forme fondamentale, le « portrait-robot » de l'objet qui sera ensuite comparé avec le modèle déposé aux fins d'établir si les différences que ce dernier marque par rapport à la forme fondamentale témoignent de la présence d'une activité créatrice.

Le processus de création tel qu'il se manifeste dans la configuration en cause déterminera donc le sort juridique réservé aux formes ambivalentes, la prédominance de l'effet esthétique sur le caractère utilitaire de la réalisation ne jouant plus aucun rôle. La nature de l'effet lié à la forme ne participe ainsi pas à la définition du bien protégé par le régime des dessins et modèles qui s'appliquera à n'importe quelle configuration délimitant la surface d'un objet dans l'espace, dans la mesure où la condition de l'originalité se trouve remplie. Cette solution n'a certes rien de révolutionnaire et procède directement du principe qui veut qu'en matière de création de forme, l'idée reste totalement à l'écart du régime des dessins et modèles. L'application du critère de l'originalité représente un moyen terme entre la théorie des contours et celle de la multiplicité des formes ; la démarche tient compte d'une part du fait que les formes d'objets industriels sont toujours conçues en fonction d'impératifs pratiques et ne revêtent par conséquent jamais un caractère gratuit ; d'autre part elle écarte de la protection légale les formes qui se révèlent être de simples variantes d'exécution de normes techniques ou utilitaires préexistantes ³⁶³.

Si dans la doctrine, cette solution a été préconisée par certains auteurs ³⁶⁴, elle a trouvé moins d'échos dans la jurisprudence. En droit

³⁶² Par exemple les différents objectifs auxquels doit répondre le cendrier dessiné par Enzo Mari ; *supra* n° 14.

³⁶³ Voir *supra* n° 142.

³⁶⁴ Entre autres par Jackson : A new approach to the Protection for the design of new products. JPOS 1956, p. 448 ; *id.* : La Législation en matière de dessins industriels, PI 1963, p. 105. Schramm : Die schöpferische Leistung, p. 159 et suiv. Gerstenberger : Stilbildung oder Plagiat : Form 34 : Zeitschrift für Gestaltung 1966, p. 18 et suiv. Loyer : sur l'article 2 al. 2 de la loi du 14 juillet 1909. Ann. 1952, p. 119, 126. Note E.B. à une décision de la Cour d'Appel de Milan du 25 mai 1939, Riv. dir. com. II, p. 244, où la forme donnée à une selle de bicyclette comportant certains avantages pratiques fut jugée protégeable par la loi de 1868 sur les dessins et modèles industriels.

suisse, le Tribunal fédéral y fait allusion dans un arrêt encore que la décision repose essentiellement sur l'importance respective de l'effet esthétique et utilitaire de la forme³⁶⁵. En revanche dans les systèmes anglais et allemand la méthode paraît avoir été consacrée sur le plan du droit positif.

A) *Droit anglais.*

152. La Section I de la loi anglaise sur les dessins et modèles qui prévoit que la protection ne s'étend pas aux principes de construction et aux formes qui sont exclusivement dictées par la fonction que l'article doit accomplir, paraît avoir été interprétée d'une façon très large par la jurisprudence. Une des constantes qui se dégage de cette jurisprudence, c'est que l'utilité, les avantages pratiques que procure la forme sur le plan matériel ne constituent pas en eux-mêmes un obstacle à sa protection par le régime des dessins et modèles³⁶⁶. Comme le déclare le juge Lope dans l'arrêt in *Re Clark Design*, « l'utilité est irrelevante ; c'est le dessin et lui seul qui doit être protégé ; le dessin n'en sera pas moins protégé parce qu'il est utile, mais l'utilité n'est pas un facteur qui entre en considération »³⁶⁷. La décision va ainsi dépendre de la nouveauté et de l'originalité des seuls éléments formants de l'objet qui, par définition, doivent être perceptibles par les sens. Si l'innovation que présente le modèle n'est pas représentable dans l'espace, le dépôt sera automatiquement annulé³⁶⁸.

Pour la jurisprudence anglaise, une forme dictée exclusivement par la fonction que l'article doit accomplir correspond à la forme fonda-

³⁶⁵ ATF 30 nov. 1943 69 II, p. 421. Dans les deux arrêts relatifs à un modèle siège, le Tribunal paraît s'attacher à la seule originalité de la configuration ; voir ATF 12 décembre 1957 83 II 477, 678 (« Die Grundform eines Stuhles oder Sofas wird nun zwar durch die Zweckbestimmung weitgehend vorgezeichnet. Es bleibt aber auch bei derartigen Möbelstücken genügend Raum für eine besondere Ausgestaltung ») et 23 décembre 1958 84 II 653. Toutefois dans les arrêts postérieurs le Tribunal fédéral exige que la forme « ausschliesslich um des Geschmackswillens erfolge ». ATF 4 octobre 1966 92 II 202 et 30 septembre 1969 95 II 479. Dans la doctrine la question de l'effet utile de la forme et de son originalité est traitée séparément. Voir notamment Troller : *Immaterialgüterrecht*, vol. I, p. 525, 529. Dürr, *op. cit.*, p. 5, 6. Secrétan, *op. cit.*, p. 74, 77.

³⁶⁶ Ce qui ne veut pas dire comme l'ont prétendu certains commentateurs étrangers — par exemple les auteurs du *Transpatent* — que le droit anglais protège les modèles d'utilité.

³⁶⁷ 3 RPC 1896, p. 351. Dans le même sens Chambre des Lords 6 RPC (1889), p. 554 ; High Court of Justice 9 RPC (1892), p. 333. 17 RPC (1899), p. 117. 33 RPC (1916), p. 157. 49 RPC (1931), p. 113. 53 RPC (1936), p. 136.

³⁶⁸ La Section 1 (3) Registered Design Act de 1949 exige en effet que le dessin soit jugé « solely by the eye ». Cette condition exclut de la protection légale les principes de construction. Voir Court of Appeal 24 RPC (1907), p. 65 et suiv. High Court of Justice 29 RPC (1912), p. 196. 63 RPC (1946), p. 81. Court of Appeal (1957) RPC, p. 239.

mentale de l'objet ou à quelque chose qui n'en diffère que par des variantes minimales³⁶⁹. Il faudra donc que le modèle qui revendique la protection légale se distingue par des caractères suffisamment marqués de la forme fondamentale de l'article utilitaire ce qui suppose une identification de tous les facteurs qui sont sous-jacents à la fabrication et au fonctionnement de l'objet. Si cette condition est remplie, la forme déposée comme modèle industriel bénéficiera de la protection légale même si elle entraîne certains avantages pratiques. Ainsi à propos d'un modèle de monture de lunettes, la Cour de Justice de Londres relève que « le but auquel les lunettes doivent servir, le fait qu'elles doivent rester stables sur le visage du porteur, la nécessité d'en réduire le poids autant que possible tend à conférer à cet objet une forme plus ou moins commune ». Le dépôt fut toutefois validé, l'originalité résultant selon la Cour de la forme triangulaire donnée à la partie de la monture qui devait supporter les verres³⁷⁰. Dans une affaire relative à une bouillotte d'eau chaude caractérisée par des côtes disposées en diagonale sur toute sa surface, Lord Evershell constate « que si cette configuration avait été adoptée pour des raisons utilitaires — répartir la chaleur sur toute la surface de la bouillotte — l'aspect général de l'objet n'en était pas moins nouveau et original »³⁷¹. A notre avis la protection aurait dû être refusée car une fois conçue l'idée de répartir la chaleur en donnant à la bouillotte une surface rugueuse, la disposition en diagonale des côtes ressortissait du domaine de l'évidence et ne manifestait pas la présence d'une activité créatrice. Dans un arrêt concernant un modèle de pare-brise transparent pour motocyclette caractérisé par le gaufrage de sa partie centrale, les juges se livrèrent à une analyse complète des données techniques qui conditionnaient la performance de l'objet pour ensuite conclure à l'annulation du dépôt. Le juge Lyon-Jacob observait tout d'abord que la performance du pare-brise était subordonnée à sa réalisation dans une matière transparente, rigide et légère. Pour accroître la rigidité de l'objet, le déposant avait utilisé un procédé de gaufrage couramment appliqué dans l'industrie à cette même fin. De plus et si la partie gaufrée avait été placée au centre du pare-brise c'était pour assurer un maximum de visibilité sur les côtés. Rigidité et visibilité constituaient donc des impératifs qui obligeaient les fabricants à adopter la forme enregistrée, celle-ci ne se distinguant en rien de la forme fondamentale de n'importe quel pare-brise destiné à servir au même but³⁷².

³⁶⁹ Voir Russel-Clarke, *op. cit.*, p. 22. Voir aussi 63 RPC (1946), p. 81.

³⁷⁰ 52 RPC (1935), p. 125.

³⁷¹ (1959) RPC, p. 24.

³⁷² (1964) RPC, p. 183.

B) *Droit allemand.*

153. Déjà en matière de protection des œuvres d'arts appliqués à l'industrie, la jurisprudence allemande avait renoncé à appliquer le critère de la prédominance de l'effet esthétique sur le caractère utilitaire de l'objet — *aesthetischer Überschuss* — pour se fixer sur le degré d'originalité, sur la mesure de l'activité créatrice manifestée dans la forme³⁷³. Si donc dans le domaine du droit d'auteur, le but utilitaire de la création ne pouvait plus faire échec à l'octroi de la protection légale, à plus forte raison ce même principe devait être consacré dans le droit des dessins et modèles. Tout en conservant la terminologie traditionnelle — *Geschmacksmuster* par opposition à *Gebrauchsmuster* —³⁷⁴, la jurisprudence allemande récente n'a pas cherché à isoler un effet esthétique de la configuration en cause prétendument autonome des caractéristiques pratiques de l'objet. Bien plus, elle a expressément reconnu que la finalité technique que pouvait traduire un objet d'usage n'était pas incompatible avec la présence d'un effet esthétique, celui-ci étant susceptible de s'exprimer « dans l'harmonie existant entre la fonction

³⁷³ Voir notes 212 et 215 *supra* et notamment Trib. supérieur de Düsseldorf 23 avril 1954. GRUR 1954, p. 417 : « Ästhetischer Gehalt und Gebrauchszweck eines Erzeugnisses sind inkommensurable Größen, so dass von einem höheren Wert der einen Eigenschaft gegenüber der anderen nicht die Rede sein kann. » Dans la littérature juridique, les auteurs des années trente considéraient qu'une forme fonctionnelle ne manifestait pas la présence d'une activité créatrice suffisamment marquée, approuvant ainsi la décision du Tribunal d'Empire dans l'arrêt Gropius — RGZ 139, p. 215 —. Voir dans ce sens Callmann : *Kunstschutz und Technik*. GRUR 1930, p. 265. E. Lion : *Kunstschutz und Technik*. GRUR 1930 501. Voir toutefois en sens contraire Ohnesorge : *Kunst und Technik*. GRUR 1930, p. 938. Dans la littérature moderne, de tels préjugés ont disparu : toutefois les auteurs estiment que les formes intégrées aux caractéristiques matérielles du produit ne devraient bénéficier que de la protection conférée par le régime des dessins et modèles. Voir notamment Gerstenberger : *Industrielle Formgebung und Urheberrecht*. Der Betriebsberater 1964, p. 439 et suiv. ; *id.* : *Moderne Industrieform und ihr Recht*. GRUR 1966, p. 47. Hennsler : *Die industrielle Formgestaltung im Spiegel des Rechts*. Der Betriebsberater 1958, p. 529. Voir aussi BGH 27 février 1961. GRUR 1961, p. 63, où la Cour fédérale reconnaît que la protection des formes d'objets industriels par le droit d'auteur pourrait freiner le progrès technique.

³⁷⁴ Lorsque le modèle d'utilité était interprété comme un droit portant exclusivement sur la forme d'un objet, il était pratiquement impossible de le distinguer du modèle d'ornement. Ainsi le Tribunal d'Empire a jugé protégeable par un modèle d'utilité, un tablier pour enfant en forme de capote militaire ; selon le Tribunal, cette forme devait vaincre la résistance naturelle de tout enfant à porter un tablier. Voir RG 19 mars 1906. Bl. 1906, p. 283. Le but de réclame a été également jugé comme répondant aux conditions de la protection du régime des modèles d'utilité. RG 26 sept. 1934. Mitteilungen 1934, p. 269. Devant la difficulté de distinguer les deux catégories de modèles, certains auteurs ont conseillé d'opérer pour une même réalisation un dépôt pour modèle d'ornement et un dépôt pour modèle d'utilité. Voir dans ce sens Pinzger, *op. cit.*, p. 29 et suiv. Liedle : *Das Geschmacksmuster zwischen den technischen Schutzrechten und dem Urheberrecht aus der Sicht der Praxis*. GRUR 1965, p. 223. Furler, *op. cit.*, p. 70.

technique et la forme qui n'est pas techniquement nécessaire »³⁷⁵. La Beauté et l'Utilité, les effets qui s'en rattachent, paraissent donc ne plus être antinomiques. La protection légale va ainsi dépendre uniquement de l'originalité que marque la forme par rapport à ses antériorités, au nombre desquelles figureront les formes techniquement nécessaires. Dans la plupart des arrêts concernant des formes ambivalentes, les tribunaux se sont efforcés d'identifier le problème qui s'était posé au dessinateur et d'en formuler la solution sur le plan des idées pour ensuite établir si la forme obtenue constituait une création originale ou si au contraire elle allait de soi, compte tenu des impératifs techniques et utilitaires auxquels le dessinateur avait dû faire face. Ainsi, dans les deux affaires³⁷⁶ relatives à la chaise dessinée par l'architecte M. Stamm, le problème technique résidait dans la construction d'un siège sans support direct à l'arrière. La solution du problème exprimée en termes abstraits pouvait s'énoncer de la manière suivante : « utiliser un tube constituant à la fois les pieds avant, le bord du siège et le montant du dossier et faire reposer cet ensemble en porte-à-faux sur la partie antérieure du siège »³⁷⁷. Cette définition générale et abstraite d'un siège sans pieds postérieurs exposait une règle d'utilisation des forces de la nature, en l'occurrence une application des lois de la mécanique statique qui traite de l'équilibre des corps³⁷⁸. Pour cette raison elle ne pouvait donner lieu au dépôt d'un modèle industriel³⁷⁹. Par contre l'incorporation de cette règle dans une structure concrète, perceptible par les sens relevait de la loi sur les dessins et modèles — ou de celles du droit d'auteur — dans la mesure naturellement où la condition de l'originalité c'est-à-dire de l'indépendance de la forme par rapport à l'idée abstraite se trouvait remplie. Ainsi l'idée de construire un siège sans support à l'arrière avait déjà été réalisée par

³⁷⁵ BGH 21 mai 1965, GRUR 1966, p. 97, à propos de la forme du dispositif d'allumage d'un briquet. Voir BGH 30 septembre 1964, GRUR 1965, p. 198, à propos d'un modèle d'une marmite à vapeur. La Cour reconnaît l'originalité du modèle car il ne s'agit pas seulement « um mehr weniger zwangsläufige Ableitungen aus dem technischen Zweck des Geräts unter Anwendungen modernen Stilgefühls... » Voir aussi BGH 9 février 1966, GRUR 1966, p. 681, à propos d'un modèle de lampe. Voir enfin le projet de loi sur les dessins et modèles élaboré par la Chambre allemande des ingénieurs conseils. Mitteilungen 1941, p. 1. L'article 1 al. 2 du projet prévoyait en effet : « Die Schutzfähigkeit wird nicht dadurch ausgeschlossen oder auch nur beeinträchtigt, dass dieselbe neue und eigenartige Gestaltung auch technische oder andere nicht auf den Form-und Farbensinn einwirkende Wirkungen zeitigt, selbst wenn letzere erheblich sind. »

³⁷⁶ RG 1^{er} juin 1932. GRUR 1932, p. 892 ; et BGH 27 février 1961. GRUR 1961, p. 635. Le siège de Mark Stamm avait été investi d'un droit d'auteur. Mais les principes sont également applicables dans le régime des dessins et modèles.

³⁷⁷ Voir Loyer, *op. cit.*, p. 126.

³⁷⁸ Pour le droit anglais, il s'agirait d'un « principle of construction » ; voir note 368. Voir aussi ATF 83 II 475 où le Tribunal fédéral définit la forme fondamentale d'un siège.

³⁷⁹ Le siège de Mark Stamm avait aussi fait l'objet d'un modèle d'utilité.

d'autres dessinateurs industriels notamment par Mies van der Rohe et par Marcel Breuer. La chaise de Mark Stamm se distinguait toutefois de ces configurations par le fait que la partie antérieure de son siège était rectiligne alors que Mies van der Rohe, par exemple, avait adopté une forme galbée ³⁸⁰.

³⁸⁰ Voir note Heydt. GRUR 1961, p. 639.

CONCLUSION GÉNÉRALE

Tout au long de ce travail nous avons combattu pour la reconnaissance de l'autonomie du régime de protection des dessins et modèles industriels. De prime abord la création portant sur la forme d'objets fabriqués industriellement, c'est-à-dire reproduits en séries, paraissait être une activité intellectuelle qui, sur le plan des réalités, se différençait assez nettement de la création artistique ou technique. Cette constatation méritait donc que l'on s'attache au problème de la spécificité du statut juridique destiné à protéger la forme des produits industriels. Nous avons ainsi cherché à établir que le bien protégé par le droit des dessins et modèles industriels possédait des caractères propres le distinguant des régimes voisins tels le droit d'auteur et le droit des brevets d'invention. L'objectif que nous nous étions fixé nous a conduits tout naturellement à examiner le droit de la propriété intellectuelle dans son ensemble. Si nous voulions redéfinir la place qu'occupe le régime des dessins et modèles au sein de cette branche du droit, il ne pouvait être question de nous limiter à une étude de la matière des dessins et modèles pour elle-même.

En démontrant que la condition de l'originalité n'était jamais susceptible d'être graduée, nous avons fait échec aux thèses adoptées par certains ordres juridiques qui considèrent le modèle d'ornement et le modèle d'utilité comme des productions intellectuelles appartenant au genre des œuvres artistiques ou à celui des inventions techniques, mais dont le niveau de créativité était insuffisant pour mériter la protection plus complète offerte par ces régimes. Nous avons donc écarté les théories quantitatives qui, sur le plan d'une application pratique, menaient à une totale insécurité juridique. Dès lors nous nous sommes demandés si l'on pouvait distinguer qualitativement les différents régimes en présence. Pour répondre à cette question, il nous a fallu comparer l'institution du modèle d'utilité avec le droit des brevets d'invention, celle du modèle d'ornement avec le droit d'auteur. Pour ce qui a trait au premier volet de cette comparaison, nous avons conclu par la négative. L'institution du modèle d'utilité se confond avec le droit des brevets d'invention et s'applique aux mêmes manifestations de l'activité intellectuelle. Le droit ne protège pas la forme extérieure d'un objet d'usage ou d'un instrument de travail mais l'idée technique qui a présidé à sa conception. En d'autres termes, le modèle d'utilité cristallise

dans une structure corporelle la solution originale donnée à un problème technique. Même si la loi sur les modèles d'utilité telle qu'elle a été adoptée par le droit allemand ou le droit italien procède à partir d'une des parties composantes de l'invention, la construction matérielle, il n'en demeure pas moins que la protection s'adresse au principe technique selon lequel le modèle a été fabriqué ou grâce auquel il fonctionne. C'est du reste toujours l'idée de solution qui permet d'apprécier l'originalité du modèle ou de mesurer l'étendue de la protection qui découle de l'enregistrement.

Le problème de la distinction du modèle dit d'ornement par rapport à l'œuvre d'art appliqué se posait exactement dans les mêmes termes. Devions-nous, après avoir nié toute pertinence aux théories quantitatives, après avoir condamné l'opposition entre l'art pur et l'art industriel, nous rallier à la théorie de l'unité de l'art proposant le cumul absolu des deux systèmes de protection ? Avec de nombreux auteurs, nous pensions que la loi sur la propriété littéraire et artistique n'était pas normalement destinée, en raison notamment de la très longue durée de l'exclusivité accordée, de la rigueur des dispositions concernant la sauvegarde des intérêts personnels de l'auteur, à protéger des créations obéissant entièrement à des motifs commerciaux, concurrentiels. Toutefois la similitude des deux institutions plaidait en faveur de leur complète assimilation. En réalité cette similitude n'était qu'apparente. Certes l'œuvre d'art appliqué est une création de forme comme le modèle industriel. Certes dans les deux cas, la forme est incorporée à un support matériel de même nature, à savoir un objet d'usage fabriqué industriellement. Mais la ressemblance s'arrête là. Pour mériter sa qualification, l'œuvre d'art appliqué doit présenter les mêmes caractéristiques que l'œuvre d'art pur et cela même lorsqu'elle est associée à un produit industriel. Cela signifie qu'elle doit conserver sa capacité représentative, son pouvoir d'expression lorsqu'on la dissocie de l'objet auquel elle est incorporée. L'œuvre d'art appliqué crée comme l'œuvre d'art pur une individualité esthétique autonome dont la valeur est indépendante d'une possible utilisation industrielle. Elle existe donc par elle-même et son association à un produit industriel est purement accidentelle. En revanche, la forme soumise au régime des dessins et modèles industriels ne possède aucune valeur représentative ; elle n'a été conçue que pour servir de prototype à la fabrication en série d'objets dont elle devra respecter tous les impératifs. Si donc par l'esprit on détruit la forme, c'est l'objet lui-même avec toutes ses caractéristiques spécifiques qui disparaît. Avec le modèle industriel, la forme devient une qualité du produit et ne possède aucune existence indépendante. En d'autres termes, dans l'œuvre d'art appliqué la forme est superposée à l'objet, dans le modèle industriel, elle y est intégrée. Dualité de la forme et de l'objet dans un cas, unité dans l'autre ; telle est la distinction fondamentale entre les deux régimes que le critère de la dissociation, s'il est correctement appliqué, permettra d'établir.

En appliquant le critère de la dissociation, nous excluons par là de la portée du régime des dessins et modèles industriels les formes qui ont été surajoutées au produit, celles qui en constituent le décor extérieur. Cette conclusion paraissait se heurter à la définition du bien protégé par le droit des dessins et modèles donnée par la plupart des ordres juridiques. Le législateur avait en effet insisté sur l'aspect ornemental de la forme, mettant ainsi l'accent sur le caractère gratuit de la création. Pour le droit positif, la forme devait être étrangère à l'obtention d'un avantage pratique quelconque. Nous ne pouvions sans nous contredire accepter ce postulat car en limitant la protection aux créations poursuivant une fin ornementale, nous attribuions par là même au régime des dessins et modèles des formes dissociables du produit qui en constitue le support matériel. Mais d'autre part, en écartant d'une façon absolue la condition du caractère ornemental du modèle, nous risquions d'étendre la portée de la loi à la pseudo-catégorie des modèles d'utilité, supprimant ainsi toute distinction entre le régime des dessins et modèles industriels et celui des brevets d'invention. Il nous fallait donc trouver un moyen terme. Nous nous sommes rendus compte, en étudiant certaines applications des droits suisse et français, que l'opposition entre la finalité esthétique et utilitaire du modèle débouchait sur une impasse. C'est alors que, raisonnant par analogie avec le système du droit d'auteur, nous avons cherché à identifier l'élément protégeable du modèle. Partant du principe que la notion de modèle industriel ne pouvait s'appliquer qu'à la forme non dissociable d'un produit, nous avons assimilé le modèle à la forme d'exécution d'une idée technique, du principe selon lequel l'objet est fabriqué ou grâce auquel il fonctionne. Considérant que le régime des dessins et modèles protège des créations de forme, nous en avons conclu qu'il fallait, tout comme en droit d'auteur, asseoir la condition de l'originalité sur cet élément à l'exclusion de l'idée technique qui est à sa base. Cela excluait par conséquent de la protection légale les formes techniquement nécessaires, c'est-à-dire celles qui ont été entièrement déterminées par le principe technique dont elles relèvent. Mais cela excluait également les formes qui, une fois posées toutes les données pratiques nécessaires à la fabrication et au fonctionnement du produit, étaient à la portée d'un dessinateur d'une capacité et d'une habileté moyenne. La protection conférée par le régime des dessins et modèles ne dépendait plus ainsi du caractère esthétique ou ornemental de la forme mais de la seule présence de la condition de l'originalité.

Le régime des dessins et modèles industriels paraît donc s'affirmer comme une branche autonome des autres droits de propriété intellectuelle ; les interférences avec les régimes voisins se trouvent ainsi éliminées : avec le droit d'auteur, parce que la forme doit servir uniquement de prototype pour la reproduction en série d'objets et partant est indissociable de son support matériel, le produit industriel ; avec le droit des brevets d'invention parce que la forme doit maintenir par

rapport à l'idée technique qui conditionne la fabrication ou le fonctionnement de l'objet une indépendance suffisante témoignant ainsi de la présence d'une activité créatrice. Si l'on considère qu'à chaque type de manifestation intellectuelle doit correspondre un régime légal particulier, cette solution satisfait aux exigences d'une bonne systématique ; de plus et tenant compte des objectifs purement commerciaux que poursuit la création de nouvelles formes de produits industriels, elle répond aux nécessités économiques.

BIBLIOGRAPHIE

- Abrams : Copyrightability of non copyrightable forms. 51 JPOS (1969), p. 106.
- Allfeld: Kommentar zu den Gesetzen über das gewerbliche Urheberrecht. Munich 1904.
- Are : L'oggetto del diritto d'autore. Milano 1963.
- Ascarelli : Teoria della concorrenza e dei beni immateriali, Istituzioni di diritto industriale. Milano 1960.
- Auletta : Commentario del Codice Civile ; Libro quinto : del lavoro. Bologna-Rome 1961.
- Ball : The law of Copyright. Albany - New-York 1944.
- Baumbach-Hefermehl : Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht. Berlin-Munich 9. éd. 1964.
- Benkard : Patentgesetz Gebrauchsmustergesetz. Patentanwaltsgesetz. Munich-Berlin 1964.
- Bergson : L'évolution créatrice. Paris 1969.
- La pensée et le mouvant. Paris 1969.
- Bernis : L'imagination. Paris 1966.
- Berthelemy : Traité d'esthétique. Paris 1964.
- Biamonti : Sulla natura e su i limiti della tutela giuridica dei lavori d'arte applicata all'industria e dei disegni ornamentali. Dir. aut. 1932, p. 433.
- Bircher : Die Voraussetzungen des Erfindungsschutzes insbesondere des Schutzes der kleinen Erfindungen in Deutschland und in der Schweiz. Zürich 1929.
- Blum : Das Kriterium des gut ausgebildeten Fachmannes. GRUR Ausl. 1956, p. 199.
- Schöpferische Idee und Erfindungshöhe als Kriterium der patentwürdigen Erfindung. GRUR Ausl. 1956.
- Schutz der Immaterialgüter vor sklavischer Nachahmung auf technischem Gebiet. Zürich 1947.
- Blum et Pedrazzini : Das schweizerische Patentrecht. Berne. Vol. I 1957 ; vol. II 1959 ; vol. III 1961.
- Bomborn : Das neue Patent und Gebrauchsmusterrecht. Leipzig 1932.
- Bonasi-Benucci : Tutela della forma nel diritto industriale. Milano 1963.
- Boor, de : Urheberrecht und Verlagsrecht. Stuttgart 1917.
- Bouju : Fondements et Incertitudes de la protection des dessins et modèles. Usine nouvelle 1965.
- La protection des inventions aux Etats-Unis. Paris 1961.
- Boutet-Duni : Brevetti industriali, Marchi, Ditta, Insegna. Turin 1966.

- Bowen : Design Patents and modern industrial designs. JPOS 1955, p. 744.
- Braune : Die Einteilung der Patente in Kategorien. Mitteilungen 1933, p. 209.
- Bumbacher : Der Begriff der Äquivalenz im Patentrecht, insbesondere seine Bedeutung für chemische Erfindungen. Zoug 1957.
- Bunke : Gebrauchsmusterschutz oder kleines Patent. GRUR 1957, p. 110.
- Büren, B. von : Über das Verhältnis des geistig-gewerblichen Rechtsschutzes zum Wettbewerbsrecht. ZSR (NF) 1947, vol. 66, p. 83.
- Bürgi : Der Schutz des Gebrauchsmusters in der Schweiz. Zürich 1957.
- Busse : Patentgesetz und Gebrauchsmustergesetz. Berlin 1964.
- Probleme des Gebrauchsmusterrechts. GRUR 1952, p. 123.
- Callmann : Der unlautere Wettbewerb. Mannheim 1932.
- Kunstschutz und Technik. GRUR 1930, p. 265.
- Cantor : Gesetz betreffend den Schutz von Gebrauchsmustern. Berlin 1911.
- Carteron : Les confins du modèle et du brevet d'invention ; études sur la propriété industrielle, littéraire et artistique. Mélanges Marcel Plaisant. Paris 1960.
- Casalunga : Traité théorique et pratique des brevets d'invention. Paris 1949 ; supplément au traité des brevets d'invention. Paris 1957.
- Christian : Musterschutz in Österreich. GRUR Ausl. 1959.
- Colica : Essenza e portata del modello di utilità. Rassegna 1947, p. 95.
- Osservazioni sui brevetti per modelli di utilità. Rassegna 1948, p. 211.
- Conradt : Gebrauchsmuster nur für Erfindungen. GRUR 1963, p. 405.
- Versuch einer neuen Deutung des Begriffes Erfindungshöhe. GRUR 1959, p. 111.
- Croce : Esthétique comme science de l'expression et linguistique générale. Trad. H. Bigot. Paris 1904.
- Logica come scienza del concetto puro. Bari 1958.
- Cueni : Erfindung und ihr Schutz. Mitt. 1952, p. 13.
- Davidson : Begrenzung des Begriffes « Gebrauchsmuster » im Sinne des Reichsgesetzes vom 1. Juni 1891. GRUR 1898, p. 225.
- Del Bianco : Le droit d'auteur et ses limites. Lausanne 1951.
- Desbois : Le droit d'auteur en France. Paris 1966.
- Dusolier et St-Gall : Protection et défense des dessins et modèles. Paris 1964.
- Elster : Delimitazione del concetto dell'opera tutelabile dal diritto d'autore. Dir. aut. 1936, p. 307.
- Formgebung und Ausdrucksmittel. Ufita vol. 2 (1929), p. 295, et vol. 3 (1930), p. 371.
- Idee und Formgebung. Ufita vol. 8 (1935), p. 1.
- Urheber-und-Erfinder-, Warenzeichen- und Wettbewerbsrecht. Berlin-Leipzig 1928.
- Urheberschutz oder Musterschutz. Ufita vol. 7 (1934), p. 345.
- Schöpferische technische Leistung und wissenschaftliches Eigentum. GRUR 1929, p. 1139.
- Ephraïm : Die Ausdehnung des Gebrauchsmusterschutzes auf Verfahren. GRUR 1898, p. 100.

- Der Entwurf eines österreichischen Mustergesetzes. GRUR 1900, p. 384.
- Fauchille : *Traité des dessins et modèles industriels*. Paris 1882.
- Fernand-Jacq : *Les brevets de principe et la question des équivalents*. PI 1948, p. 31.
- Fikentscher : *Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz. Die Stellung des Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen*. Munich 1958.
- Franceschelli : *Trattato di diritto industriale ; Parte generale*. Milano 1960.
- *Le idee come oggetto di rapporti giuridici*. Riv. dir. ind. 1961, I, p. 28.
- *Studi Riuniti di diritto industriale*. Milano 1959.
- Franco, di : *Le opere dell'ingegno di carattere creativo nella nuova legge sul diritto d'autore*. Riv. dir. com. 1942, I, p. 44.
- *Trattato della proprietà industriale*. Milano 1933.
- Franzosi : *L'invenzione*. Milano 1965.
- Fromm-Nordemann : *Urheberrecht*. Stuttgart-Berlin 1966.
- Fromme : *Schutzumfang und Erfindungshöhe im Gebrauchsmusterrecht*. GRUR 1958, p. 261.
- Furter : *Geschmacksmustergesetz*. Cologne-Berlin-Munich 1966, p. 30.
- Gamm, von : *Geschmacksmustergesetz*. Munich-Berlin 1966.
- Gerstenberger : *Der Begriff des Kunstwerks in der bildenden Kunst*. GRUR 1963, p. 245.
- *Industrielle Formgebung und Urheberrecht*. Der Betriebsberater. 1964, p. 39.
- *Moderne Industrieform und ihr Recht*. GRUR 1966, p. 471.
- *Die Urheberrechte am Werke der Kunst der Architektur und der Photographie*. Munich 1968.
- Ghiron : *Corso di diritto industriale*. Roma 1935.
- Giambrocco : *Il modello di utilità*. Milano 1951.
- Giannini : *La protezione delle opere d'arte applicata all'industria*. Rivista Politica Economica. 1932, p. 939.
- Gierke : *Deutsches Privatrecht*. Leipzig 1895.
- Graffenried, de : *Grundlagen und gegenseitiges Verhältnis der Normen des gewerblichen Rechtsschutzes*. Berne 1952.
- Greco : *A propos de la distinction entre invention et modèle d'utilité*. Mélanges Paul Roubier. Vol. II. Paris 1961.
- *I diritti sui beni immateriali*. Turin 1948.
- *I diritto esclusivo di elaborazione e la possibilità della trasformazione tra opere letterarie ed opere figurative*. Dir. aut. 1954, p. 472.
- Greco-Vercellone : *Le invenzioni e i modelli industriali*. Turin 1968, p. 392.
- Guglielmetti : *Il Marchio : Oggetto e contenuto*, Studi di diritto industriale. Milano 1955.
- *Invenzione di prodotto, invenzione di procedimento, modello di utilità*. Riv. dir. ind. 1952, II, p. 288.
- Guyer : *Das schweizerische Bundesgesetz betreffend die gewerblichen Muster und Modelle*. Zürich 1902.

- Haeghen, van der : *Le droit intellectuel. Tome I. Brevets.* Bruxelles 1936.
- *Les inventions mécaniques et le principe des équivalents.* Liège 1918.
- Hennsler : *Die industrielle Formgestaltung im Spiegel des Rechts. Der Betriebsberater* 1958, p. 529.
- *Urheberschutz in der angewandten Kunst und Architektur nach deutschem, schweizerischem, französischem, englischem und amerikanischem Recht.* Stuttgart-Cologne 1950.
 - *Geschmacksmuster und Urheberschutz für die industrielle Formgestaltung.* GRUR 1957, p. 8.
- Heydt : *Geschmacksmuster und Werke der angewandte Kunst.* GRUR 1968, p. 530.
- Hoffmann : *Werk, Erzeugnis und Muster.* J.W. 1934, p. 78.
- Hubbach : *Das deutsche Gebrauchsmusterrecht.* GRUR 1959, p. 225.
- Hubmann : *Gewerblicher Rechtsschutz.* Munich 1969.
- *Urheber- und Verlagsrecht.* Munich-Berlin 1966.
 - *Das Recht des schöpferischen Geistes.* Berlin 1954.
 - *Der Rechtsschutz der Idee.* GRUR 1957, p. 1.
- Huismann et Patrix : *L'esthétique industrielle.* Paris 1965.
- Isay, H. : *Patentgesetz.* 6 éd. Berlin 1932.
- *Eigenart und Neuheit der Erfindung.* GRUR 1913, p. 1.
- Isay, R. : *Das Rechtsgut des Wettbewerbsrechtes.* Berlin 1933.
- Jackson : *La législation en matière de dessins industriels.* PI. 1963, p. 105.
- *A new approach to the Protection for the design of new products.* JPOS. 1956, p. 448.
- Jenny : *Brevets d'invention, l'idée créatrice et le tour de main.* Lachen 1946.
- Kambli und E. Mannhart : *Erfindung und Entdeckung im Patentrecht.* Mitt. 1957, p. 62.
- Klauer-Möhring : *Patentgesetz und Gebrauchsmustergesetz.* Berlin 1937.
- Kohler : *Deutsches Patentrecht.* Mannheim-Strasbourg 1878.
- *Entwurf eines österreichischen Gesetzes betreffend den Schutz gewerblicher Muster (Musterschutzgesetz).* GRUR 1900, p. 325 et suiv.
 - *Handbuch des deutschen Patentrechts.* Mannheim 1900.
 - *Kunstwerkrecht.* Stuttgart 1908.
 - *Kunstwerk und Geschmacksmuster ; Separat Abdruck aus dem Archiv für die civilistische Praxis.* Vol. 87. 1897. Fribourg-Leipzig.
 - *Lehrbuch des deutschen Patentrechts.* Mannheim-Leipzig 1909.
 - *Das literarische und artistische Kunstwerk und sein Autorenschutz.* Mannheim 1892.
 - *Musterrecht, Geschmacks- und Gebrauchsmuterrecht.* Stuttgart 1909.
 - *Patentgegenstand und Erfindungsumfang.* GRUR 1912, p. 161.
 - *Der unlautere Wettbewerb.* Berlin-Leipzig 1914.
- Krause-Kathlun-Lindenmaier : *Patentgesetz.* Cologne-Berlin 1958.
- Kummer : *Das urheberrechtlich schützbares Werk.* Berne 1968.

- Anwendungsbereich und Schutzgut der privatrechtlichen Rechtssätze gegen unlauteren und gegen freiheitsbeschränkenden Wettbewerb. Berne 1960.
- Lalo : Les structures maîtresses de la beauté industrielle. *Revue d'esthétique* 1951, p. 252.
- Levy-Brühl : *Sociologie du droit*. Paris 1967.
- Lewis : *The law of Copyright in designs*. Londres 1885.
- Liedle : Der Schutzbereich von Gebrauchsmustern. *GRUR* 1957, p. 118.
- Limberg : Le projet de loi uniforme Benelux en matière de dessins et modèles et sa signification pour les créateurs et fabricants néerlandais. *RIDA* 1964, p. 131 et suiv.
- Lindenmaier : Die schöpferische Leistung als Voraussetzung der Patenterteilung. *GRUR* 1939, p. 153.
- Der Schutzzumfang des Patents nach der neueren Rechtsprechung. *GRUR* 1944, p. 50.
- Zum Begriff der technischen Erfindung. *GRUR* 1953, p. 12.
- Loyer : Sur l'article 2 al. 2 de la loi du 14 juillet 1909. *Ann.* 1952, p. 119.
- Lutter-Elster : *Patentgesetz und Gebrauchsmustergesetz*. Berlin 1936.
- Luzzato, A. : La novità intrinseca nei modelli di utilità. *Riv. propr. intellett. e ind.* 1952, p. 335.
- L'istituto del modello di utilità nella legislazione italiana. *Riv. della propr. intellett. e ind.* 1951, p. 95 et suiv.
- Luzzato, E. : Idea di soluzione e contraffazione di brevetto. *Riv. propr. intellett. e ind.* 1957, p. 14.
- *Teoria e tecnica dei brevetti d'invenzione*. Milano 1960.
- Martin-Achard, A. : Questions actuelles dans le domaine du droit et de la procédure en matière de brevets d'invention. *ZSR (NF)* 1944, vol. 63.
- Y a-t-il lieu d'étendre la protection légale aux modèles d'utilité ? *ZSR (NF)* 1934, vol. 53.
- Matter : Aktuelle Fragen aus dem Gebiet des Patent- und des Patentprozessrechtes. *ZSR (NF)* 1944, vol. 63.
- Mediger : Die neue Erfindung. *GRUR* 1941, p. 390.
- Die verkannte Schaltung. *GRUR* 1961, p. 164.
- Die Patent- bzw. Musterschutzfähigkeit von Anweisungen an den menschlichen Geist. *GRUR* 1954, p. 449.
- Mestral, de : L'obtention et le maintien du brevet, conditions de fond, exclusions et causes de nullité. Aubonne 1969.
- Meyer : Maschinen im Gebrauchsmusterrecht. *GRUR* 1939, p. 11.
- Möhring-Nicolini : *Urheberrechtsgesetz*. Berlin-Frankfurt 1970.
- Müller : Schutz der Mittel im Patentrecht. *Mitteilungen* 1935, p. 175.
- Müller-Liebenau : *Das Wesen der Erfindung*. Berlin 1924.
- Nédoncelle : *Introduction à l'esthétique*. Paris 1953.
- Nickbaht-Djordani : De la protection des petites inventions. Genève 1951.
- Nicolini : Die Neuheit im Geschmacksmusterrecht. *GRUR* 1963.

- Nimetz : Design Protection. Cppyright law Symposium. N° 15, 1967, p. 79.
- Nimmer : On Copyright. Albany-San Francisco-New-York 1966.
- Nordemann : Zur Abgrenzung des Geschmacksmusterschutzes von Urheber-schutz. 50 Ufita (1967), p. 906.
- Offermann : Rechtswissenschaftliche Untersuchungen zum Erfindungsbegriff mit besonderer Berücksichtigung der Frage des technischen Fortschrittes. Zürich 1949.
- Ohnesorge : Der Zusammenhang zwischen Neuheit, Erfindungshöhe, Bereicherung der Technik und deren Verhältnisse zu ihren Bezugsgrundlagen. GRUR 1939, p. 219.
- Osterrieth : Lehrbuch des gewerblichen Rechtsschutzes. Leipzig 1908.
- Patentrecht. Breslau 1924.
 - Die Werke der Architektur als Gegenstand des Urheberrechtes. GRUR 1903.
- Pauli : Begriffe Erfindung und neue Erfindung. GRUR 1903, p. 291.
- Pedrazzini : Gedanken zur Neuheit. Ufita 1964, II, p. 262.
- Perot-Morel : Les principes de protection des dessins et modèles dans les pays du Marché Commun. Paris-La Haye 1968, p. 16.
- Philippon : Traité de la propriété des dessins et des modèles industriels. Paris 1880.
- Philippot : Le monde comme représentation sans volonté. Revue d'esthétique 1964, p. 270.
- Pilenko : Das Recht des Erfinders. Berlin 1907.
- Pinzger : Das deutsche Geschmacksmusterrecht. Berlin 1932.
- Piola-Caselli : Trattato del diritto d'autore. Naples-Turin-Milan 1927.
- L'allacciamento della protezione dell'arte industriale con la protezione del diritto d'autore. Dir. aut. 1939, p. 15.
- Pouillet : Traité théorique et pratique des dessins et modèles. Paris 1911.
- Traité des brevets d'invention. Paris 1915.
- Rainer : Die Notwendigkeit der Gebrauchsmusterzeichnung. GRUR 1941, p. 48.
- Reimer, E. : Patentgesetz und Gebrauchsmustergesetz. Cologne-Bonn-München 1968.
- Äquivalenz, Erfindungsgegenstand, allgemeiner Erfindungsgedanke in Theorie und Praxis. GRUR 1958, p. 369.
 - Der Schutz der Äquivalente im Patentverletzungsstreit. GRUR 1930, p. 461.
- Reimer, D. : Das Recht des unlauteren Wettbewerbs in den Mitgliedstaaten der EWG, vol. III, Deutschland. Munich-Cologne 1968.
- Reinländer : Zur Gebrauchsmusterfähigkeit elektrischer Schaltungen. GRUR 1961, p. 389.
- Reymond : Le système de définitions des inventions en droit des brevets. Lausanne 1959.
- Riezler : Deutsches Urheber-und Erfinderrecht. Berlin 1909.
- Rintelen : Urheberrecht-und Urheberverlagsrecht. Vienne 1958.

- Robolsky : Das Gesetz betreffend den Schutz von Gebrauchsmustern vom 1. Juni 1891. Berlin 1905.
- Rosenthal : Wettbewerbsgesetz. Berlin 1930.
- Rotondi : Diritto industriale. Padova 1954.
- Roubier : Droits subjectifs et situations juridiques. Paris 1963.
- Le droit de la propriété industrielle ; vol. I, Paris 1952. Vol. II, Paris 1954.
- Rousseau : L'invention est une aventure. Paris 1965.
- Runge : Urheber- und Verlagsrecht. Bonn-Hanovre-Stuttgart. Vol. I 1948, vol. II 1949, vol. III 1953.
- Russel-Clarke : Copyright in industrial designs, London 1968.
- Schanze : Zum Begriff des Gebrauchsmusters. GRUR 1900, p. 24.
- Die Bildwerktheorie. GRUR 1929, p. 169.
- Eigenart und Neuheit der Erfindung. GRUR 1922, p. 345.
- Kann eine Form der reinen Zweckmässigkeit eine ästhetische Wirkung haben und deshalb des Geschmacksmusterschutzes teilhaftig werden ? GRUR 1915, p. 231.
- Der Kunstschutz und Musterschutz in Deutschland und in der Schweiz. GRUR 1911, p. 11.
- Was sind neue Erfindungen ? GRUR 1899, p. 5.
- Schips : Die Gebrauchsmustersfähigkeit von elektrischen Schaltungen. GRUR 1959, p. 229.
- Schramm : Grundlagenforschung auf dem Gebiete des gewerblichen Rechtsschutzes und Urheberrechts. Berlin-Cologne 1954.
- Die schöpferische Leistung. Berlin-Cologne 1957.
- Der Patentverletzungsprozess ; Patent und Prozessrecht. Cologne 1965.
- Die ruhelosen nichtglatten patentrechtlichen Äquivalente. GRUR 1964, p. 413.
- Schürer : Der Einfluss Produktbestimmender Faktoren auf die Gestattung. Edition de l'auteur. 1969.
- Secrétan : La protection des dessins et modèles industriels et des œuvres d'art appliqué aux Etats-Unis et en Suisse. Lausanne 1964.
- Seligsohn : Patentgesetz und Gesetz betreffend den Schutz von Gebrauchsmustern. Berlin-Leipzig 1932.
- Sena : Cenni sulla distinzione tra invenzioni e modelli. Riv. dir. ind. 1964, I, p. 229.
- Limiti concettuali fra invenzione e modello di utilità. Riv. dir. ind. 1954, I, p. 251.
- Siegwart : Der urheberrechtliche Schutz der wissenschaftlichen Werke. Berne 1954.
- Smith : Patent law. Ann Arbor Michigan 1964.
- Sordelli : La concorrenza sleale, Studi di diritto industriale. Milan 1955.
- Manifestazione e finalità di forme di prodotti e protezione giuridica. Riv. trim. dir. civ. 1958, I, p. 217.
- Idee, opere dell'ingegno ed invenzioni come oggetto di rapporti giuridici. Riv. dir. ind. 1952, I, p. 67 et suiv.

- *Problemi giuridici della pubblicità commerciale*. Milan 1968.
- Souriau : *La Beauté rationnelle*. Paris 1904.
- Stark : *Das Konstruktionpatent*. GRUR 1932, p. 1078.
- Steck : *L'idée créatrice, condition de brevetabilité*. Genève 1945.
- Stefanis : *I modelli di utilità nella legge italiana*. Riv. propr. intellett. e ind. 1947, p. 157.
- Tetzner : *Kommentar zum Patentrecht und Gebrauchsmusterrecht*, Nuremberg-Dusseldorf 1957.
- Troller : *Immaterialgüterrecht*. Bâle-Stuttgart. Vol. I 1968, vol. II 1971.
- *Originalität und Neuheit der Werke der Literatur und Kunst und der Geschmacksmuster, dans Fritz Hodeige : das Recht am Geistesgut ; Studien zum Urheber Verlags- und Presserecht. Eine Festschrift für Walter Bappert*. Fribourg-en-Brisgau 1964.
- *Der schweizerische gewerbliche Rechtsschutz*. Bâle 1948.
- *Das schweizerische Muster- und Modellrecht*. Mitt. 1948, p. 98.
- *Technische Zeichnungen im Urheberrecht*. 60 SJZ (1964), p. 369.
- Trueb : *Die Entdeckung als Element der patentwürdigen Erfindung*. Mitt. 1956, p. 169.
- Trustedt : *Fortschritt und Erfindungshöhe als Voraussetzung der Patentfähigkeit nach deutscher Rechtsentwicklung*. GRUR 1956, p. 349.
- *Gebrauchsmuster und ihre Anmeldung*. Munich-Cologne-Berlin 1957.
- *Der Gebrauchsmuster in Verletzungsstreit*. GRUR 1954, p. 244.
- *Patent und ihre Anmeldung*. Munich 1957.
- *Die sachliche Prüfung eines Gebrauchsmusteranmeldung auf ihre Eintragungsfähigkeit*. GRUR 1954, p. 137.
- *Zum Thema Erfindungshöhe beim Patent und Gebrauchsmuster*. GRUR 1958, p. 309.
- Ulmer : *Urheber- und Verlagsrecht*. Berlin 1960.
- *La répression de la concurrence déloyale dans les Etats membres de la CEE*. Munich 1967.
- Valancogne : *L'invention*. Vol. I. Paris 1968.
- Vercellone : *Arte figurativa e modelli e disegni ornamentali*. Riv. dir. comm. 1958, II, p. 172.
- Viaud : *L'intelligence*. Paris 1965.
- Vischer : *Die Purifikation des Urheberrechts und der Schutz des Arbeitsergebnisses*. Festschrift für Walther Hug. Bern 1968, p. 259.
- Voigtländer-Elster-Kleine : *Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der Literatur und Tonkunst sowie an Werken der bildenden Kunst und der Photographie*. Berlin 1952.
- Waldkirch, von : *Die Wünschbarkeit gesetzlicher Bestimmungen über Gebrauchsmuster*. ZSR (NF) 1934, vol. 53.
- Walker : *On Patents*, Deller's Edition. New-York 1937.
- Walleser : *Das Leistungsprinzip und der technische Fortschritt*. GRUR 1964, p. 533.

- Walther : Gesichtspunkte für die Bewertung der Gebrauchsmustersfähigkeit von elektrischen Schaltungen. GRUR 1962, p. 221.
- Weber : Die Grenzen des Gebrauchsmusterrechts. Berlin 1934.
- Weidlich et Blum : Das schweizerische Patentrecht. Berne 1936.
- Winkler : Die Gebrauchsmusterverletzung im Vergleich zur Patentverletzung. GRUR 1958, p. 205.
- Zeller : Erfindungshöhe von Gebrauchsmustern. GRUR 1956, p. 532.

TABLE DES MATIÈRES

PRÉFACE	VII
ABRÉVIATIONS	IX
INTRODUCTION	1

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE :

<i>Phénoménologie de la création de formes d'objets industriels</i> ..	9
§ 1. L'importance des facteurs méta-juridiques dans le droit de la propriété intellectuelle	9
§ 2. L'esthétique industrielle et le fonctionnalisme	11
§ 3. L'esthétique industrielle dans le cadre de la concurrence économique	13
§ 4. L'influence de la découverte de nouveaux matériaux sur le choix de la forme des produits	14
§ 5. Le rôle du dessinateur industriel	14
§ 6. Exemples pratiques de création de l'esthétique industrielle	16
§ 7. Le divorce entre les faits et le droit	17

PREMIÈRE PARTIE :

PRINCIPES GÉNÉRAUX DU DROIT D'AUTEUR ET DU DROIT DES BREVETS D'INVENTION	21
--	----

CHAPITRE PREMIER :

<i>Le domaine d'application du droit d'auteur et du droit des brevets d'invention</i>	25
---	----

<i>Première section : Notions générales</i>	25
§ 1. Nécessité d'une définition	25
§ 2. Le Beau et l'Utile : incidence de ces critères sur le plan juridique	26
§ 3. Le rapport entre le droit exclusif et la nature du bien protégé	29
§ 4. Les différentes formes de l'esprit humain	31
A) La forme théorique et la forme pratique	31
B) Connaissance intuitive et connaissance logique	31
<i>Deuxième section : Le caractère représentatif de l'œuvre investie d'un droit d'auteur</i>	33
§ 1. La théorie de la « Weltschöpfungsidee » de Joseph Kohler	33
§ 2. Le caractère représentatif de l'œuvre dans la doctrine moderne	34
§ 3. Concordance entre la nature de l'exclusivité et celle du bien protégé par le régime du droit d'auteur : l'arrêt de la Cour Suprême des Etats-Unis, Baker v. Seldon.	36
<i>Troisième section : Les caractéristiques du bien protégé par le régime des brevets d'invention ; la règle d'application pratique et son caractère technique</i>	39
§ 1. Le caractère dynamique de l'invention	40
A) Invention et Technique	40
B) Procédé et produit : aspect dynamique et statique de l'invention	43
C) La connaissance de l'invention et la représentation du rapport de causalité dans la totalité du déroulement du processus causal	47
§ 2. Le caractère technique de l'invention	49
A) L'utilisation industrielle et le caractère technique de l'invention	49
B) Les règles dépourvues de caractère technique : Les méthodes s'adressant à l'intelligence	51
C) Le caractère technique et l'utilité de l'invention : les deux séries causales de l'invention	55
§ 3. Les éléments constitutifs de l'invention	58
A) La découverte, combinaison sur le plan spéculatif	59
B) La construction, combinaison sur le plan pratique	62
<i>Conclusion</i>	63

CHAPITRE II :

<i>La création dans le droit d'auteur et dans le droit des brevets d'invention</i>	65
<i>Première section : Notions générales</i>	66
§ 1. L'incidence du problème sur le statut juridique des créations de formes d'objets industriels	65
§ 2. La relativité de la notion de création	66
§ 3. La double signification du terme « création »	69
§ 4. Identification des facultés créatrices de l'esprit	72
A) L'intelligence conceptuelle	72
B) L'imagination et l'intuition	73
<i>Deuxième section : La nouveauté dans le domaine du droit d'auteur et dans celui des brevets d'invention</i>	75
§ 1. Polyvalence de la notion de nouveauté dans le droit de la propriété intellectuelle	75
§ 2. Nouveauté matérielle et nouveauté formelle	76
A) Historique de la distinction entre la nouveauté matérielle et la nouveauté formelle	78
B) Le véritable sens des dispositions légales soi-disant relatives à la nouveauté de l'invention	80
§ 3. Nouveauté subjective et nouveauté objective	82
A) Le rôle de la nouveauté subjective dans le régime des brevets d'invention	83
B) Le rôle de la nouveauté subjective dans le régime du droit d'auteur	85
§ 4. Le problème de la définition des antériorités dans le régime des brevets d'invention et dans celui du droit d'auteur	89
§ 5. Les relations entre les notions de nouveauté et d'originalité ; nouveauté simple et nouveauté qualifiée	93
<i>Troisième section : L'originalité dans le droit d'auteur et dans le droit des brevets d'invention</i>	99
§ 1. Catégories de critères permettant d'établir l'originalité d'une production intellectuelle	99
§ 2. L'originalité dans le domaine des brevets d'invention	101

A) Critères personnels et réels	101
B) Les critères réels	102
c) Les critères réels simples : le progrès technique . . .	102
b) Les critères réels qualifiés : le progrès technique essentiel, important	104
C) Les critères subjectifs ou personnels	107
a) Les rapports entre l'idée créatrice et le niveau inventif	107
b) L'application du critère du niveau inventif	111
§ 3. L'originalité dans le domaine du droit d'auteur	116
A) La distinction entre les créations esthétiques - Schöpfung - et les prestations industrielles - Leistung -, ...	117
a) Le caractère hétérogène des prestations industrielles et le problème de leur réglementation sur le plan du droit positif	118
b) Pertinence des critères distinguant les créations des prestations industrielles	124
B) Le critère de l'unicité statistique du Professeur Kummer	126
C) Pluralité des critères établissant l'originalité des créa- tions esthétiques	129
<i>Conclusion</i>	132

CHAPITRE III :

<i>Le rôle de la forme et de l'idée dans le droit d'auteur et dans le droit des brevets d'invention</i>	134
<i>Première section : Notions générales</i>	134
§ 1. Importance du problème	134
§ 2. Polyvalence de la notion de l'idée	135
<i>Deuxième section : L'idée et la forme dans le régime du droit d'auteur</i>	138
§ 1. Les étapes de la création littéraire et artistique	138
A) L'idée	138
B) Le moyen d'expression	140
C) La forme	141
§ 2. Le problème de la protection des idées dans le régime du droit d'auteur	143

A)	Les thèses de MM. Hubmann et Ulmer en faveur de la protection des idées par le régime du droit d'auteur ..	144
B)	Examen critique de ces théories	145
a)	Quant à l'originalité de l'idée	145
b)	Quant à la protection des méthodes s'adressant à l'intelligence	145
c)	Quant à la trame du roman	146
C)	Le caractère représentatif de l'œuvre et le principe de la liberté des idées	149
§ 3.	Le principe de la liberté des idées et son incidence sur l'originalité de l'œuvre	151
A)	Exposé du problème et de sa solution dans la jurisprudence du Tribunal fédéral	151
B)	L'indépendance de la forme par rapport à l'idée	155
<i>Troisième section : L'idée et la forme dans le droit des brevets d'invention</i>		
§ 1.	Forme de communication et forme d'exécution de l'invention	158
A)	Les deux formes de l'invention	158
B)	La représentation de l'invention dans la forme de communication et son incidence sur l'étendue du monopole du breveté	160
§ 2.	L'interprétation du brevet	163
A)	Objet de l'invention - Gegenstand der Erfindung - et aire de protection conférée par le brevet - Schutzzumfang - ..	163
B)	La doctrine des équivalents	167
a)	Idée de solution et moyens techniques	167
b)	Caractère relatif de l'équivalence	168
c)	Equivalence technique et équivalence au point de vue du brevet en cause	169
d)	Equivalence évidente - glatte - et non évidente - sonstige -	172
C)	L'idée inventive plus générale - allgemeinere Erfindungsgedanke -	173
D)	Les trois stades de l'interprétation du brevet	176
§ 3.	La portée de l'idée inventive : brevets de principe, brevets de pionniers, brevets de construction	178
<i>Conclusion</i>		183

DEUXIÈME PARTIE :

DÉFINITION D'UN RÉGIME JURIDIQUE APPLICABLE AUX CRÉATIONS DE FORMES D'OBJETS INDUSTRIELS	185
--	-----

CHAPITRE PREMIER :

<i>Le modèle d'utilité : institution autonome ou partie intégrante du régime des brevets d'invention</i>	188
<i>Première section : Notions générales</i>	188
§ 1. Importance du problème	188
§ 2. Aperçu historique	191
<i>Deuxième section : Aspects théoriques du droit des modèles d'utilité</i>	194
§ 1. Le modèle d'utilité, institution controversée	194
§ 2. Les théories qualitatives	195
A) La théorie de Joseph Kohler : la distinction entre la « Raumformerfindung » et la « Naturkraftefindung » ..	195
B) Les théories de Ghiron et de Greco	198
C) La théorie de l'effet typique d'Ettone Luzzato	200
D) Les théories qui opposent la forme et l'idée dans le con- texte du résultat d'une activité créatrice	201
§ 3. Les théories quantitatives : La petite invention	203
<i>Troisième section : L'institution du modèle d'utilité dans la pra- tique</i>	207
§ 1. Les termes de l'alternative : protection de la forme ou pro- tection de l'idée	207
§ 2. Le bien protégé par le droit des modèles d'utilité	209
A) L'objet d'usage et l'instrument de travail	210
B) La représentation de l'innovation dans une forme concrète	211
a) Les procédés	212
b) Les changements de matière	214
c) Les circuits électriques	216

TABLE DES MATIÈRES	321
§ 3. Les conditions formelles de la protection	220
§ 4. Les conditions matérielles de la protection	222
A) La nouveauté	222
B) Le niveau inventif	224
§ 5. La portée du droit résultant de l'enregistrement du modèle d'utilité	225
A) Droit allemand	225
B) Droit italien	230
Conclusion	231

CHAPITRE II :

<i>La délimitation du champ d'application du régime des dessins et modèles industriels envers celui du droit d'auteur</i>	<i>234</i>
---	------------

<i>Première section : Notions générales</i>	<i>234</i>
---	------------

§ 1. Caractéristiques du bien protégé par le régime des dessins et modèles	234
§ 2. Les dessins et modèles industriels et l'œuvre investie d'un droit d'auteur : importance du facteur de la reproduction industrielle	236
§ 3. Notion de l'œuvre d'art appliqué à l'industrie	237

<i>Deuxième section : Critères se rattachant à la nature du support matériel</i>	<i>238</i>
--	------------

§ 1. Exposé des principales théories	238
§ 2. Le principe de l'unité de l'art, conséquence de l'inadéquation des critères précédents	243

<i>Troisième section : Critères se rapportant à la valeur nouvelle créée</i>	<i>246</i>
--	------------

§ 1. Critères quantitatifs	246
A) Système allemand	247
B) Système suisse	250
C) Critiques des critères quantitatifs; la théorie de M. Troller	252
§ 2. Les critères qualitatifs	255
A) Les théories de Kohler et de Schanze	255
B) Les théories d'Hoffmann et d'Elster	256

C) Le critère de la dissociation en droit italien	257
a) Aperçu historique	257
b) Le critère de la dissociation selon Piola-Caselli	258
c) Le critère de la dissociation dans la jurisprudence de la Cour de Cassation	259
d) Le critère de la dissociation et les théories quantita- tives	260
e) Les conséquences de l'application du critère de la dissociation	262
<i>Conclusion</i> : la fonction typique de la forme soumise au régime des dessins et modèles	264

CHAPITRE III :

<i>L'incidence de la nature de l'effet lié à la forme sur la définition du bien protégé par le régime des dessins et modèles</i>	268
--	-----

<i>Première section</i> : Les conditions matérielles de la protection du modèle industriel	270
---	-----

§ 1. La nouveauté	270
-----------------------------	-----

§ 2. L'originalité	274
------------------------------	-----

<i>Deuxième section</i> : Les facteurs anesthésiques et l'objet protégé par le régime des dessins et modèles industriels	277
---	-----

§ 1. Le caractère ambivalent des formes d'objets industriels . .	277
--	-----

§ 2. Le traitement juridique des formes ambivalentes du droit français	279
---	-----

A) Définition des problèmes	279
---------------------------------------	-----

B) La notion de l'invention brevetable, au sens de l'article 2 alinéa 2, de la loi française sur les dessins et modèles . .	280
--	-----

C) L'appréciation du caractère séparable des éléments cons- titutifs de la nouveauté du modèle de ceux de l'invention brevetable	283
--	-----

a) Le critère des contours	283
--------------------------------------	-----

b) Le critère de la multiplicité des formes ; les formes techniquement nécessaires	284
---	-----

c) L'application restreinte du critère de la multiplicité des formes ; le caractère ornemental du modèle	286
---	-----

§ 3. Le traitement juridique des formes ambivalentes en droit suisse	287
---	-----

TABLE DES MATIÈRES	323
<i>Troisième section : La protection des formes ambivalentes et le critère de l'originalité</i>	291
§ 1. L'œuvre d'architecture et le régime du droit d'auteur	291
§ 2. Le principe de la liberté des idées et son incidence sur l'originalité de la forme soumise au régime des dessins et modèles industriels	292
A) Droit anglais	296
B) Droit allemand	298
CONCLUSION GÉNÉRALE	301
BIBLIOGRAPHIE	305

ACHEVÉ D'IMPRIMER

AUX « PRESSES DE SAVOIE », AMBILLY-ANNEMASSE (H.-S.),

EN MAI 1974

